5.2°



INFORME EN DERECHO

POR DON PEDRO GREGORIO DE ALFARO PRESBITERO

Canonigo de la Santa Iglesia Metropolitana, y Patriarchal de esta Ciudad, Posseedor de el Vinculo, y Mayorazgo, que fundò Don Francisco Rodriguez de Alfaro Cavallero que fue de el Orden de el Señor Santiago su Padre; de el tercio, y remaniente de el quinto de su caudal.

EN EL PLEYTO DE EL CUMPLIMIENTO DE SU TESTAMENTO, y de Doña Anna Maria de Morales su Muger, y particion de los bienes de ambos, á que se ha acumulado el intentado por D. Manuel Francisco de Alfaro Sobrino de dicho D. Pedro; pretendiendo aversele transferido la possession civil, y natural de los bienes de dicho Vinculo por muerte de Don Joseph Leon Rodriguez de Alfaro su Padre, y aver sucedido Don Joseph Vicente Rodriguez de Alfaro su Hermano mayor en el de la dicha Doña Ana Maria de Morales su Abuela, y que se le dè la real, y actual, que ha contradicho dicho Don Pedro pretendiendo manutencion de la que tiene, y que se confirme el Auto de el Theniente Mayor Don Fernando de la Plata, que le manutuvo en dicha possession sin embargo de la pretension de dicho Don Manuel Francisco.

QUONIAM TV ILLVMINAS LUCERNAM meam Domine: Domine Deus meus illumina tenebras meas. David. Psal. 17.

1. DOS RAZONES HAN MOVIDO à Don Pedro Gregorio de Alfaro Presbitero Canonigo de la Santa Iglesia Metropolitana, y Patriarchal de esta Ciudad à pedir licencia en la Sala, para que su Abogado reduxesse à este escrito los fundamentos de derecho, que prueban ser legitimo posseedor de el Vinculo, y Mayorazgo, que de el tercio, y quinto de el caudal de Don Francisco Rodriguez de Alfaro Cavallero, que fue de el Orden de el Señor Santiago su Padre se fundô; por aversele transferido la possession civil, y natural de los bienes, que en la particion se le adjudicaron, por muerte, de D. Francisco Chrysostomo Rodriguez de Alfaro su Hermano Primogenito, y eleccion, que hizo de el de Doña Anna Maria de Morales Don Joseph Leon Rodriguez de Alfaro, y por los quales pretende la confirmacion de el Auto de el Juez Ordinario, en que manutuvo, y amparó en dicha possession à el dicho Don Pedro, sin embargo de la apelacion, que de èl ha interpuesto Don Manuel Rodriguez de Alfaro, y Mendoza su Sobrino, Hijo segundo de dicho Don Joseph, Hermano mayor de el dicho Don Pedro.

2. La primera: La dificultad, que tiene averiguar, si la incompatibilidad, que puso en dicho Vinculo, y Mayorazgo Don Francisco Rodriguez de Alfaro sea lineal, y real, ó personal; pues hablando de ella D. Hermenegildo de Roxas *de incompatib. part. 4. cap. 1. num. 35.* dize *assi: Et in procella, ceù tempestate huius immoderatæ dificultatis evassit turbidus.* Và hablando este Author de el señor Don Juan de el Castillo, que tocò la question, y dificultad de quando la incompatibilidad es lineal, real, ò personal en varios capitulos de sus controversias. Y refi-

rien-

riendolo el ſeñor Larrea *tom. 2. deciſ. Granat. deciſ.* 51. *num.* 1. *dixo : Sed adeò confuſa, vt poſtquàm innumeras legeris pagellas, parum luminis, aùt reſolutiones percipies.*

3. Y la dificultad ſe puede fundar en que los Authores mas claſicos de la materia, y cuyas opiniones ſon mas bien recebidas en los Tribunales, ſe hallan à el parecer contrarios en la reſolucion de eſta queſtion. *Solorçano de Iur. Ind. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 30. *num.* 14. ibi: *Propter multas, varias, & etiam contrarias de ea ſententias, & opiniones, quæ ipſam ſatis in ſe dificilem, & ambiguam magis confuſam, & conturbatam redierunt ; & Joan. Salisberienſ. in Polycrat. lib.* 2. *cap.* 24. ibi : *Porrò varietas ambiguitatem inducit, in ambiguis autèm omnis definitio periculoſa eſt.* Y lo miſmo confieſſa el Emperador Juſtiniano en la ley 1. *C. de vet. jur. enucl.* ibi : *Per contrarias interpretantium ſententias totum penè jus conturbatum eſt.*

4. La ſegunda, que ſuele aprovechar mas à los litigantes para vencer ſus pleytos el informe por eſcrito, que de palabra. *Senec. Epiſt.* 6. *Plus tibi viva vox, quàm oratio proderit.* O ya porque el Abogado no puede en Eſtrados expreſſar todos los fundamentos de la juſticia de ſu parte, ni retenerlos en la memoria para dezirlos ; ò ya porque el tiempo, y la ocaſion no lo permite. Y reſpecto de ſer el hecho la baſa fundamental de el derecho *ex facto jus oritur*, para coordinar los textos, y doctrinas à favor de Don Pedro Gregorio de Alfaro, y tambien para que V. S. halle en eſte informe el hecho, y derecho, y que con menos trabajo pueda determinar el pleyto, & *nè multum opere impendas imponam notas*, que dixo *Senec. dict. Epiſt.* 6. Se referirá lo que conduce á el articulo, que entre el dicho Don Pedro, y Don Manuel ſe ſigue, quod ſic eſt.

5. El dia 24. de Diziembre de el año de 1690. Doña Anna Maria de Morales Muger legitima de Don Franciſco Rodriguez de Alfaro Cavallero de el Orden de el Señor Santiago otorgò poder para hazer ſu teſtamento en el termino de el derecho, ò fuera de èl à dicho ſu Marido, en que inſtituyò por ſus Herederos à Don Franciſco Chryſoſtomo, Don Joſeph Leon, Don Pedro Gregorio

Preſ-

Presbitero Canonigo de la Santa Iglesia ; Doña Juana Laurencia Viuda, Don Fernando Miguel, Don Ignacio, y Don Antonio Basilio Rodriguez de Alfaro todos siete sus Hijos legitimos, y de el dicho su Marido, y à los Hijos de Doña Isabel Maria de Alfaro defunta, Muger que fue de Don Francisco de Vargas, y Sotomayor Marqués de Castellon sus Nietos, en cuyo poder està la clausula de el tenor siguiente.

6. *Y para que pueda el dicho Don Francisco Rodriguez de Alfaro mi Marido en el dicho mi nombre, y por lo que à mi toca mejorar en el tercio, y remaniente de el quinto de todos mis bienes, y hazienda, derechos, y acciones, que me toquen, y pertenescan, y en qualquiera manera me tocaren, y pertenecieren à vno, dos, ó mas de mis hijos legitimos, y de el dicho D. Francisco Rodriguez de Alfaro mi Marido, señalando la dicha mejora, si quisiere, en qualesquier bienes rayzes, ò en lo que fuere su voluntad, y que la dicha mejora sea libre, y sin gravamen alguno, ó por via de Vinculo enagenable, ó imprescribible, con los llamamientos, clausulas, Vinculos, y condiciones, que le pareciere, y fuere su voluntad, que en qualquiera forma, y modo, que lo dispusiere, essa es la mia, que desde luego para entonces, quando lo tal sucediere, lo apruebo, y ratifico, y doy por bueno, y bien fecho, y quiero, que la tal mejora libre, ó vinculada tenga la misma validacion, y firmeza, como si en este poder yo huviera puesto, y nombrado el hijo, ò hijos, en quien se hiziera, y toda de verbo ad verbum estuviera aqui expressa.*

7. El dia 15. de Diziembre de el de 693. dicho Don Francisco Rodriguez de Alfaro otorgó poder para hazer su testamento en el termino de el derecho, ò fuera de èl à Don Francisco Chrysostomo, Don Joseph Leon, y Don Pedro Gregorio Rodriguez de Alfaro sus hijos, instituyendo por sus herederos los mismos, que su Muger. Y en èl estàn las clausulas siguientes.

8. *Y para declarar, que yo declaro, que por el poder para testar, que ante el presente Escrivano Publico me diò, y otorgò Doña Anna Maria de Morales mi Muger defunta mejorò en el tercio, y remaniente de el quinto de sus bienes, y hazienda à el hijo, ò hija, que me avia communicado, y me diò facultad, para que yo lo declarasse, y manifestasse, è hiziesse la*

dicha mejora como fuesse mi voluntad; por tanto por la presente digo, y declaro, que la dicha mejora de tercio, y quinto toca, y pertenece à el dicho Don Francisco Chrysostomo Rodriguez de Alfaro mi hijo, à el qual Yo en virtud de dicha comission le hago la dicha mejora de el tercio, y remaniente de el quinto de los bienes, y hazienda, que quedaron de la dicha mi Muger, para que lo que assi fuere, y montare se adjudique à el dicho mi hijo en las possessiones, y bienes rayzes, que tengo, y fueren equivalentes, y bastantes á dicha mejora, para que lo aya, y goze à titulo de Vinculo, y Mayorazgo, y sus hijos, è hijas, nietos, y descendientes, prefiriendo el mayor à el menor, y el varon à la hembra. Y à falta de la dicha descendencia Don Joseph Leon Rodriguez de Alfaro mi hijo, y su linea, y descendencia en la misma forma, y con la misma preferencia. Y de esta forma sucedan, y vayan sucediendo en dicho Vinculo los demàs mis hijos, è hijas, nietos, y descendientes por sus grados, y prefiriendo el mayor à el menor, y el varon à la hembra como està declarado.

9. Y en conformidad de la permission, que tengo, y se me concede por las leyes de estos Reynos, y vsando de ellas mejoro en el tercio, y remaniente de el quinto de todos mis bienes, y hazienda à el dicho Don Joseph Leon Rodriguez de Alfaro mi hijo, para què lo que importare esta dicha mejora lo aya, tenga, y goze à titulo de Vinculo, y Mayorazgo, y los hijos, è hijas, nietos, y descendientes de el susòdicho, prefiriendo el mayor à el menor, y el varon á la hembra. Y en falta de la dicha descendencia suceda en el dicho Vinculo el dicho Don Francisco Chrysostomo mi hijo, y los dichos sus hijos, nietos, y descendientes. Y por su falta à los demás mis hijos, è hijas en la forma, y segun se refiere en la clausula antes de esta. Y con expressa declaracion, que ambos los dichos Vinculos no puedan concurrir en vn mismo sujeto; porque, si llegare el caso de que le toquen ambos, los divido, y aparto, para que el vno de ellos, el que quisiere el tal posseedor, passe à el siguiente en grado, y se quede con el que fuere su voluntad. Y si por qualquier causa, ó accidente huviere alguna falencia en la dicha mejora, que por la dicha mi Muger tengo hecha en el dicho Don Francisco Chrysostomo Rodriguez de Alfaro mi hijo, de forma que no se pueda executar, en el dicho caso quiero, y es mi voluntad,

que la dicha mejora de el tercio, y remaniente de el quinto, que hago por mi, y de mis bienes en el dicho Don Joseph Leon Rodriguez de Alfaro, se entienda en primer lugar con el dicho Don Francisco Chrysostomo Rodriguez de Alfaro, y su descendencia, y despues los demàs, como està referido.

10. En virtud de dicho poder, y con su insercion el dia 11. de Henero de el año de 694. dichos Commissarios otorgaron el testamento de Don Francisco Rodriguez de Alfaro su Padre, haziendo las fundaciones de Vinculos de los tercios, y remanientes de quintos de el caudal de el susodicho, y de Doña Anna Maria de Morales su Muger con las mismas vozes, que contienen las clausulas, que à la letra se expressan en los numeros antecedentes. Y aviendose prevenido el juizio de el cumplimiento de ambos testamentos, y particion de el caudal comun de Marido, y Muger, y precediendo todos los requisitos precisos, se executò la particion, teniendo quenta con los Vinculos, y adjudicandole bienes à cada vno. Y desde luego entrò en la possession de el de Doña Ana Maria de Morales Don Francisco Chrysostomo Rodriguez de Alfaro su hijo Primogenito; y en el de Don Francisco Rodriguez de Alfaro Don Joseph Leon su hijo segundogenito. Y aunque por Don Balthasar de la Torre Cossio Cavallero de el Orden de el Señor Santiago, que contraxo matrimonio con la dicha Doña Juana Laurencia vna de los herederos de los susodichos se intentò articulo de nulidad contra la fundacion de el Vinculo de la dicha Doña Anna Maria de Morales, no se prosiguiò, y quedaron subsistentes las vinculaciones.

11. Con la ocasion de aver muerto sin sucession Don Francisco Chrysostomo el dia 8. de Março de el año de 1695. y recaído ambos Vinculos en Don Joseph Leon, y verificandose la incompatibilidad, que puso D. Francisco Rodriguez de Alfaro; eligiò el de Doña Anna Maria de Morales su Madre, y como Padre, y legitimo Administrador de Don Joseph Vicente Rodriguez de Alfaro su hijo Primogenito, y suponiendo averse transferido la possessiou civil, y natural de los bienes de el de Don Francisco Rodriguez de Alfaro su Abuelo desde

luego

luego que se hizo la eleccion, pidiò la real, y actual, y se le mandò dàr, y diò con efecto.

12. Con el mismo motivo Don Pedro Gregorio Rodriguez de Alfaro tercero de los hijos de los dichos Don Francisco, y Doña Anna Maria de Morales, en Autos ante otro Juez, que se acumularon despues à los de la particion, por aversele transferido dicha possession civil, y natural de los bienes de dicho Vinculo, y Mayorazgo, con aver elegido para si Don Joseph Leon el de su Madre, pidiò la real, y actual, que se le mandò dàr, y la tomò de algunos de sus bienes.

13. Por cuya razon cada vno pretendiò manutencion de la possession, que dezia aversele transferido, y real, y actual, que avia tomado Don Joseph Leon por su hijo, y Don Pedro Gregorio por si; y se fue siguiendo el articulo, en que incidiò tambien el de Administracion de dichos bienes interin que se determinaba. Y aviendosele encargado por el Theniente, que de el pleyto conocia, à Don Pedro Gregorio Rodriguez de Alfaro con fiança, se apelò à la Real Audiencia, donde las partes reduxeron sus pretensiones à juizio de Juezes Arbitros, que nombraron, à quienes dieron poder, y facultad, para que las determinassen: y lo hizieron encargandole la Administracion de los bienes de dicho Vinculo à el dicho Don Joseph Leon Rodriguez de Alfaro, con que huviesse de dàr en cada vn año à Don Pedro Gregorio por los dias de su vida de los frutos, y rentas de èl 9U. reales, à que lo obligaron dichos Juezes Arbitros, y à el que sucediesse en dicho Mayorazgo.

14. En esta forma quedò la dependencia el año de 1703 hasta que con la ocasion de aver muerto el dicho Don Joseph Leon Rodriguez de Alfaro el dia 8. de Diziembre de 713. y por esta razon recaìdo el Vinculo de Doña Anna Maria de Morales en el dicho Don Joseph Vicente Rodriguez de Alfaro hijo Primogenito de el dicho Don Joseph Leon, pareciò por su Curador D. Manuel Francisco de Alfaro ante el Alcalde D. Pedro de Benavente, y Francisco Garcia Calvo Escrivano de su Provincia diziendo, que respecto de aver sucedido por muerte de su

ſu Padre Don Joſeph Vicente ſu Hermano en el Vinculo de Doña Anna Maria ſu Abuela, le tocaba à èl la ſuceſſion, y poſſeſſion de el de Don Franciſco Rodriguez ſu Abuelo, de que ſe le avia transferido la civil, y natural, pidiò la real, y actual, ſe le mandò dàr, y la tomò con efecto.

15. Saliò contradiciendola D. Pedro Gregorio Rodriguez de Alfaro, y para hazerlo en forma pidiò los Autos, y aviendoſele entregado preſentó el compromiſo, y ſentencia de Arbitros, pidiò execucion por lo que ſe le debia de la renta de los 7ʒ. rs. à que por otra eſcriptura ſe reduxo la de los 9ʒ. y embargo de todas las rentas de dicho Mayorazgo corridas haſta entonces, y que en adelante corrieſſen. Y el Alcalde reſtringiò la execucion à lo que los Colonos, è Inquilinos eſtuvieſſen debiendo haſta el dia de la muerte de el dicho Don Joſeph Leon, conſiderando, que el dicho compromiſo, y ſentencia ſolo pudo obligar à el ſuſodicho, y no à dicho ſu hijo, y derecho, que pudieſſe repreſentar al Mayorazgo. Y aunque Don Pedro Gregorio Rodriguez de Alfaro apelò de eſte Auto à la Real Audiencia por el agravio, que conſiderò le hazia el Juez Ordinario, por Executoria ſe confirmò con la doctrina de Valeron *de tranſact. 4. part. quæſt. 2. præcipuè ex num.* 59. y de otros Authores, que prueban, que la tranſaccion, y compromiſo hecho con el Poſſeedor de el Mayorazgo *ſupèr ſucceſſione*, no grava, ni perjudica à el ſucceſſor.

16. Reſpecto de no ſubſiſtir el compromiſo, y ſentencia, tratò Don Pedro de proſeguir el juizio de manutencion, que intentò, y que quedò ſuſpenſo por dicha ſentencia, para cuyo efecto formò competencia, pretendiendo, que el pleyto principiado por dicho Don Manuel Franciſco de Alfaro ſu Sobrino ante el dicho Alcalde Don Pedro de Benavente ſe acumulaſſe à el de particion de bienes de ſus Padres en que incidiò el articulo de manutencion de la poſſeſſion de los bienes de el dicho Mayorazgo intentado por Don Pedro Gregorio de Alfaro, y Don Joſeph Leon, como Padre de D. Joſeph Vicente. Y por Auto de el Real Acuerdo ſe mandò hazer dicha acumulacion.

C De-

17. Debueltos en virtud de ella ambos pleytos al Theniente suscitò el dicho Don Pedro Gregorio el articulo de manutencion, que quedò suspenso el año de 703. pretendiendo se difiriesse à ella, y à la administracion, que avia pedido de los bienes de el Vinculo, (aunque por D. Manuel Francisco de Alfaro se intentò articulo de no tener obligacion à responder fue vencido por executoria) y pretendiò manutencion de la possession, que tomò de los bienes de dicho Vinculo, y la mandò dàr el Alcalde, suponiendo se le avia transferido la civil, y natural. El fundamento, que para ello alegò es que la incompatibilidad, que puso à su Vinculo Don Francisco Rodriguez de Alfaro su Abuelo fue merè personal, y que con la eleccion, que su Padre hizo de el otro se le adquiriò derecho à su linea, y descendencia à el que dimitiò. Y el de Don Pedro Gregorio de Alfaro, que dicha incompatibilidad es lineal, y real, por cuya razon con aver entrado en la linea de el dicho Don Joseph Leon de Alfaro su Hermano el de Doña Anna Maria su Madre, quedò excluyda para no poder obtener el Vinculo, y Mayorazgo de su Padre, y que siendo el pariente mas cercano de Don Francisco Chrysostomo dicho Don Pedro, y el que tiene mas proximo llamamiento en la fundacion, es à quien se le ha transferido la possession de los bienes de dicho Vinculo.

18. Vistos los Autos por el Theniente Don Fernando de la Plata, proveyò vno el dia 22. de Diziembre de el año proximo passado de 714. en que dixo: *Que sin embargo de lo pedido por Mathias de la Cruz Curador ad litem de Don Manuel Rodriguez de Alfaro, y Mendoza, debia de mandar, y mandó manutener, y amparar, como manutenia, y amparaba à el dicho Don Pedro Gregorio Rodriguez de Alfaro en la possession, que le fue dada de dicho Vinculo, y Mayorazgo, que de el tercio, y quinto de sus bienes mandó fundar el dicho Don Francisco Rodriguez de Alfaro su Padre, y por consiguiente la administracion, beneficio, y cobrança libre, y desembarazadamente de los bienes de el expressado Vinculo; por estàr preocupada la linea de el dicho Don Joseph Leon Rodriguez de Alfaro, y Don Manuel de Alfaro su hijo à el tiempo*

de

de la delacion de el dicho Vinculo, *y por parecer*, *qué el Fundador por el mismo hecho de aver constituydo dos lineas quiso*, *que esta incompatibilidad fuesse lineal.* De cuyo Auto se ha interpuesto apelacion por el dicho Don Manuel pretendiendo su revocacion, y Don Pedro Gregorio Rodriguez de Alfaro su confirmacion, fundandose cada vno en lo antes dicho.

19. De lo primero, que diò motivo à este escrito, segun queda notado en el num. 3. se infiere, que el assumpto debe ser recopilar los mismos Autores, que de la materia de incompatibilidad han tratado, al fin de que quede clara la opinion, que favorece la pretension de D. Pedro Gregorio de Alfaro, y averiguados los fundamentos de los de la contraria, ò reduzirlos à aquella, ò para que no teniendo probabilidad, no se atienda à su authoridad, por lo que dixo el Señor San Geronimo *sup. Daniel: Non enim opinio Doctoris*, *sed ratio doctrinæ ponderanda est*, que refiere *Bobadill. lib.* 2. *de su Polytica cap.* 6.*num.* 19. *gloss. lit. D.* y que sea dificil empressa lo prueba *Justinian. in dict. leg.* 1. *Cod. de vet. jur. enucl.* ibi: *Tot Authorum dispersa volumina vni codici indita ostendere*, *res quidem nobis difficillima*, *imó magis impossibilis videbatur*; *sed manibus ac Cœlum erectis*, *& æterno auxilio invocato eam quoquè curam nostris animis imposuimus*, *freti Deo*, *qui & res penitùs desperatas donare*, *& consumare virtutis magnitudine potest.*

20. Con dicho auxilio, y antes de passar à la division de el informe supongo, que el juizio, que se trata es de manutencion, en el qual aunque se requiera algun conocimiento de aquel, que huviera si se tratara en la propriedad, no ha de ser con aquella indagacion, que en ella se requiere; pues basta, que de los fundamentos se infiera buen derecho en Don Pedro Gregorio Rodriguez de Alfaro, para aver tomado la possession, y mantenerse en ella. *Paz de tenut.* 1.*part. cap.* 6. *ex num.* 17. ibi: *Rursus animadverto*, *quamvis in hoc possesorio remedio connexa sit proprietas*, *non tamèn de ea requiri adeò exactam*, *& completam probationem*, *& cognitionem*, *sicùt si de illa principaliter tractaretur*; *nám ex prædicto juditio possesorio non infertur plenum præjuditium*, *sed reparabile in juditio proprietatis*, *&*

ideò

ideò illa tantum cognitio desideratur , quæ sufficiens sit ad juditium possessionis, non verò ea, qua esset opus, si super proprietate esset sententia ferenda. Y sin embargo serà el informe, como si el pleyto en la propriedad se siguiesse, dividido en tres puntos. En el primero se probarà, que la incompatibilidad, que en su Vinculo puso Don Francisco Rodriguez de Alfaro, es claramente lineal, y real, y que consiguientemente la linea de Don Joseph Leon Rodriguez de Alfaro, que se halla preocupada con el de Doña Anna Maria de Morales, no tiene derecho à él. En el segundo, que aunque se considere duda en si es lineal, real, ò personal, esto basta para que dicha incompatibilidad se tenga por real. Y en el tercero, se referiràn los Authores, que se dize, son de opinion contraria, y se procuraràn conciliar con los otros, ò impugnar las razones en que se fundan.

PUNTO PRIMERO.

21. QUE por la incompatibilidad, que en su Vinculo puso Don Francisco Rodriguez de Alfaro en las palabras, que contiene la clausula de su testamento inserta num. 9. *Y con expressa declaracion, que ambos los dichos Vinculos no puedan concurrir en vn mismo sujeto; porque si llegare el caso de que toquen ambos los divido, y aparto, para que el vno de ellos, el que quisiere el tal posseedor, passe à el siguiente en grado*; excluya à toda la linea, y descendencia de Don Joseph Leon Rodriguez de Alfaro; por ser lineal, y real, como la considerò el Theniente en el Auto de 22. de Diziembre, que se refiere en el num. 18. y de que pretende la confirmacion Don Pedro Rodriguez de Alfaro, es evidente, atendiendo à que la palabra: *Passe à el siguiente en grado*, es lo mismo, que si el fundador huviera dicho: Passe à el consanguineo mas proximo, ò à otro consanguineo. *Aguil. addition. ad Roxas de Incompat. 4. part. cap. 1. num.* 10. ibi: *Item observandum est, quod si in casu divisionis vocatus sit ità: Succedat sequens in gradu, vel itá: proximior consanguineus,*

neus, vel alter consanguineus, *nil refert. Rox.* 4. *part. cap.* 1. *num.* 30. *leg. Hæres furiosi.* 51. *ff. de Petit. hæredit. D. Larr. decis. Granat.* 51. *num.* 12. ibi: *Et qui vocavit secundogenitum, vel sequentem in gradu.* De donde se prueba, que lo mismo es dezirse en la fundacion: *Passe el Mayorazgo à el siguiente en grado*, que dezir: *Passe à el segundogenito.*

22. En cuyos terminos para prueba de quien adquiriò derecho à el Mayorazgo de Don Francisco Rodriguez de Alfaro en el presente litigio, es precisso atender à la persona, por cuya muerte recayò en Don Joseph Leon la vnion de este Mayorazgo con el de Doña Anna Maria de Morales su Madre, que posseìa Don Francisco Chrysostomo Rodriguez de Alfaro su Hermano mayor para reconocer la ocasion, en que se verificò la incompatibilidad. *Roxas de Incompatib.* 7. *par. cap.* 6. *num.* 28. *cum Molin. Mier. Alvarad. Valenzuel. Velazq.* y otros. *Aguil. dict. part.* 4. *cap.* 1. *num.* 10. ibi: *Dummodò semper, & ante omnia inspiciatur persona, per cuius obitum coniunctio Maioratuum evenerit, & tempus incompatibilitatis, delatæ scilicet successionis, quo tempore attendi debet quis sit sequens in gradu, vel proximior consanguineus, vt succedere debeat alijs exclusis.*

23. Pone exemplo este Autor, que adaptandolo à los terminos de el litigio presente, es en esta forma. Muriò Don Francisco Chrysostomo Rodriguez de Alfaro, por quien vacò el Mayorazgo, que posseìa de Doña Anna Maria de Morales su Madre, dexando por su Hermano à Don Joseph Leon posseedor de el Mayorazgo de su Padre, en que està la incompatibilidad, quien tenia por sus hijos à Don Joseph Vicente Primogenito, y à Don Manuel Francisco segundogenito, y à Don Pedro Gregorio de Alfaro su hermano tercero; En esta especie pregunta Aguila, quien avrà de suceder en el Mayorazgo, que vacò por muerte de Don Francisco Chrysostomo, y por la eleccion de Don Joseph Leon; porque es precisso juntar ambos tiempos: *Dummodò semper, & ante omnia inspiciatur persona, per cuius obitum conjunctio Maioratuum evenerit, & tempus incompatibilitatis, delatæ scilicèt successionis.* Y resuelve con estas palabras: *Pater* (esto es de Don Joseph Leon) *si Maioratus vnius possesor sit*, (de el de D. Francisco

Rodriguez de Alfaro) *& alterius Maioratus successio deferatur per mortem avi* (el que vacò por muerte de Don Francisco Chrysostomo, que para el caso lo mismo es que vaque por muerte de el Hermano, que de el Abuelo, ù de otro) *Dicendum est Patruum* (Don Pedro Gregorio) *tantum esse comprehendum sub vocatione sequentis in gradu, non Patrem,* (Don Joseph Leon) *nec eius filios* (Don Joseph Vicente, y Don Manuel Francisco) *vel ne potes; quia Pater invenitur impeditus propter alium Maioratum incompatibilem, quem posidet, & consequentèr ipse, & linea eius exclusa censenda est; quia eo tempore, delatæ successionis scilicèt, solam capax, & absquè impedimento invenitur Patruus, & ideò is tanquam proximior sequens in gradu judicari debet.*

24. A que se podia replicar, que esta doctrina no puede correr en los terminos de el pleyto; porque Don Joseph Leon fue legitimo posseedor de el Mayorazgo de Don Francisco Rodriguez de Alfaro su Padre, que se litiga en virtud de ser primero llamado en la fundacion, como de ella consta, con lo qual constituyó linea actual, y efectiva, y se adquiriò derecho à todos los que fueren de ella para la sucession de dicho Mayorazgo. *D.Larr.dict.decis. 51.num.7. Rox. dict. cap.1. num. 9. & seqq. D. Castill.lib. 3. controv.cap. 15.ferè per totum.* Pero tiene facil respuesta la replica, atendiendo à que el que possee Mayorazgo, que por incompatibilidad tiene derecho de dimitirlo, no se considera, ni tiene por legitimo posseedor para adquirirlo, y considerarse principio, y fundamento de linea actual, y efectiva. *Roxas dict.p.4.cap.1.ex num.78.*

25. Ibi: *Ideo Pater primogenitus, qui sub illa conditione fuit gravatus nunquàm fuit habitus capax ad succedendum in Maioratu illo incompatibili; quia hoc casu est in suspenso, & non desinit Maioratus, sed Pater desinit eum adquirere, tanquàm si à principio ad eum non fuisset vocatus, nec ei fuisset datus, nec delatus, nec in numero vocatorum. leg.1.§.Quibus, ff. de success. Ædict.* ibi: *Si quis eorum aut dari sibi noluerit, aut in diebus statutis non admisserit, tunc cœteris bonorum possessio perindè competit ac si prior ex numero non fuerit. leg. Si tibi homo 86. §. Cùm servus, ff. de legat. 1.* ibi: *In suspenso est;*

est; nàm si legatarius repulerit à se legatum nunquàm eius fuisse videbitur. At verò in quantùm ad lineam actualem, quam constituit actualis possesor Maioratus, quód eam non potuerit constituere sibi, nec suis filijs, patet; cùm verè non sit possesor; quia interim dum pendebat conditio non fuit sibi jus vllum adquisitum, neque ad eum translatum aliquod dominium, nec possessio. leg. legata sub conditione 41. ff. de cond. & demonstr. Nec refert quod is primogenitus, Pater scilicèt fuisset in possessione Maioratus; nam aliud est possidere, aliud esse in possessione, quod est longe diversum; quia ille, qui est in possessione, non verè possidet. Leg. Si quis autem, 10. §. Idem Pomponius, ff. de Acq. vel omitt. posses. Ex quo sanè sequitur, quod verè possessor ille fuit, qui anteà possidebat; & post eum is, ad quem successio Maioratus liberè pertinebat, & ex ministerio legis 45. Tauri statim quòd defecit conditio translata fuit possessio civilis, & naturalis in legitimum successorem ab institore vocatum. Aguila part. 8. cap. 7. num. 19. ibi: *In primis suppono, translationem ex lege 45. Tauri, & delationem Maioratus vtriusque esse resolubilem, & momentaneam; nàm eo ipso quòd primogenitus Maioratum elegit, & alium omissit, idem causatur ac si nunquàm, & retrò ab initio omissus non fuisset delatus, neque acquisitus, exemplo legati, cuius rei dominium licet à morte testatoris transferatur in legatarium, leg. A Titio, ff. de Furt. leg. 38. §. Si legatum, ff. de legat. 1. leg. 1. §. Vtrùm, ff. Quæ in fraud. Patron. tamen si repudiatur perindè habetur, ac si nunquàm fuisset legatarij. leg. Si tibi homo, §. Cum servus, ff. de legat. 1. imò idem ac si non fuisset legatario legata res. leg. 38. §. Si legatum, ff. eod.* Y assi aunque Don Joseph huviesse entrado en la possession de los bienes de dicho Uinculo ningun derecho se le adquiriò, ni à su linea en perjuizio de el segundogenito.

26. Tiene otro grave fundamento, que Don Joseph Leon no pudo constituir linea actual para si, y sus descendientes en el Mayorazgo de su Padre por aver estado en possession de los bienes; pues con la eleccion lo hizo en el de Doña Anna Maria de Morales su Madre, y no pudo constituirla en ambos. *Aguila dict. 8. part. cap. 7. num.* 20. ibi: *Id ergo quod repudiatio efficit voluntaria in legato operatur necessaria electio in Maioratibus, & cum ex lege fieri*

debeat

debeat quandò deferuntur prò facta habetur ad hoc vt primogenitus non possit in vtroque Maioratu lineam constituere, vt pote lege prohibente; delatio enim vtriusque Maioratus est conditionalis, & resolutiva, ideóque existente conditione solvitur, & solum manet secundògenito atenta solum persona Patris, à quo immediate defertur.

27. Con que no aviendo podido en dicho Mayorazgo Don Joseph Leon constituir linea, que era el medio por donde pudiera pretender derecho à èl, Don Manuel Francisco de Alfaro su hijo, *el siguiente en grado*, que contiene la fundacion, se debe entender de Don Pedro Gregorio de Alfaro hermano immediato de Don Francisco Chrysostomo, quitada de en medio la persona de el dicho Don Joseph Leon, porque el grado se entiende en la linea. *D. Larrea dict. decis.* 51. *num.* 23. & 24. ibi: *Et deficiente linea, quia ad aliam voluit institutor Primogenij transire nihil prodest filium esse primogeniti, & propinquiori gradu considerari, quam fratrem; quia deficiente linea nulla potest fieri gradus consideratio. Rox.* 8. *part. cap.* 7. *n.* 23. *D. Molin. de Hisp. Primog. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 13. ibi: *Primò namque consideranda est linea, cap.* 1. *de natur. succes. feud. Secundò considerandus est gradus. Tertiò considerandus ex sexus, &c.* Y assi para que se pudiesse considerar el siguiente en grado Don Manuel Francisco, y por esta razon excluir á Don Pedro Gregorio su Tio era precisso procediesse de linea, en que verdaderamente huviesse estado el Mayorazgo fundado por Don Francisco Rodriguez de Alfaro su Abuelo, y como hasta aqui vá probado, aunque en virtud de el primer llamamiento su Padre Don Joseph Leon huviesse estado en possession de sus bienes, no fue verdadero, ni legitimo posseedor por la incompatibilidad, y averse efectuado esta con la eleccion de el otro Vinculo.

28. Y es la razon (como và dicho) no poder tener Don Manuel Francisco otro derecho para succeder en el Mayorazgo, que el que se le adquiriera, por aver constituìdo en èl linea Don Joseph Leon su Padre: *Quia nisi cum Patre non vocantur, id est, omnes filij primogeniti, quo excluso etiam illi excludendi*, que dixo el *señor Larrea dict. decis.* 51. *num.* 18. y se prueba *ex leg. Cui fundus* 56. *in fin. ff. de condit.*

&

& demonstrat. ibi: *Omnis numerus eorum, qui in loco eius substituntur, pro singulari persona habendus, & ex leg. Deniquè 34. ff. de injust. rupt.* ibi: *Gradu enim rupto, & infirmato amplius hæreditas obtineri non potest. Et num.* 24. ibi : *Linea igitur ex prædictis rationibus exclusa non poterit ad aliquos èius lineæ (& ità ad filios primogeniti) successio transire, quia succissa vena deficit cursus, vel fluxus, vt vulgariter dici solet. argum. leg. Flumina, §. fin. ff. de Damn. infect. & nisi in capite, id est, filio maiori initium sumat linea, non poterit vlteriùs procedi. Nam in primogenito debet considerari linea actualis, vel habitualis, vt possit procedere, & Pater, qui ex Maioratu incompatibili invenitur impeditus, vt in alio delato succedat, non potest lineam, quoad illum constituere; quia non tam ab eius successione exclusus videtur quàm non admisus, leg. 1. ff. de His quæ in testam. delent.* ibi : *Non tám adempta, quàm non data hæreditas videtur. Idem Dom. Molin. dict. lib. 3. cap. 6. num. 36. & 37. D. Castill. lib. 5. controv. 2. part. cap.* 178. *num.* 11. A que aluden las palabras de el señor *Salg. de Reg. protect. 4. part. cap. 6. ex num.* 35. ibi : *Arboris enim rami maiores vires non habent; quam à radice susceperint, extincta radice ramos excicari oportere, & infecta radice, inficiuntur & palmites; quomodò enim possunt rami pullulare, si radix infecta, ceù extincta esset.* Y assi considerandose como que nunca tuvo derecho à el Mayorazgo Don Joseph Leon Rodriguez de Alfaro, es precisso, se considere *sequens in gradu* Don Pedro Gregorio, y que, como à tal por muerte de Don Francisco Chrysostomo, y eleccion de el dicho Don Joseph, se le transfiriò la possession civil, y natural de los bienes de dicho Mayorazgo *ex leg. 45. Taur. cùm suis concord.* y que con gran fundamento puede esperar la confirmacion de el Auto de el Theniente, que lo manutuvo en ella; por ser el siguiente en grado, à quien dize la dicha ley 45. de Toro se le transfiera la possession civil, y natural por muerte de el posseedor; ibi: *Se traspasse la possession civil, y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion de el Mayorazgo debiere suceder en èl.*

29. Excluido Don Manuel Francisco, como lo queda por la representacion de su Padre, y no tener lugar en este

 caso

caso la disposicion de la ley 40. *Taur.* con su concordante la 5. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* ibi: *De manera que siempre el hijo, y sus descendientes legitimos por su horden representen la persona de sus Padres.* *Roxas dict. cap.* 1. 4. *part.* ibi: *Nam decisio legis* 40. *Tauri, hodie leg.* 5. *tit.* 7. *lib.* 5. *Limitata fuit, & restricta per aliam decisionem, quæ continetur in dict. leg.* 7. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop. Vbi in casu in quo incompatibiles sint duo Maioratus, qui ob id dividi debent, tùnc ad successionem alterius ex duobus incompatibilibus Patruus præfertur nepoti; quia præsumpsit dicta lex* 7. *quód in tali casu idem vellent Institutores, & quód non servaretur quod decisum stat in dict. leg.* 40. *Taur. quæ hanc voluntatem expressam, vel præsumptam exceptuavit*; ibi: *Salvo si otra cosa estuviere dispuesto. D. Larr. dict. decis.* 51. *num.* 25. *D. Castill. dict. cap.* 177. *n.* 3. *vers. annotavi quoquè.* Lo està tambien en propria persona; porque atendiendo, como và fundado num. 22. que la vacante se debe considerar al tiempo de la muerte de Don Francisco Chrysostomo Rodriguez de Alfaro, entonces Don Pedro Gregorio era el pariente mas cercano, y Don Manuel Francisco vn grado mas remoto, y no pudo este excluir à su Tio. *Robles de Salzed. de represent. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 4. ibi: *Tertio: aut iste nepos ex propria, aut ex paterna persona succedere debet: ex propria non potest; quia remotior est, & à Patruo proximo excluditur. Idem dict. lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 2. *D. Castill. dict. lib.* 5. *controv. cap.* 178. *nu.* 1. Y assi por todos medios se halla excluido de el Mayorazgo dicho Don Manuel por D. Pedro Gregorio *D. Molin. de Hisp. Primog.* lib. 3. *cap.* 9. *num.* 11. *leg. Cùm ità* 33. *§. Fidei commisso, ff. de legat.* 2. como el que se halla mas proximo provenga *ex fundatore. Add. ad dict. Molin. dict. cap.* 9. *n.* 1. *vers. Proximitatem*, ibi: *Proximitatem ad successionem Maioratus provenire debere ex fundatoris linea, non verò ex alia; quia aliàs non adesset succedendi capacitas.* Y Don Pedro Gregorio es de la linea de el Fundador Don Francisco de Alfaro, y consiguientemente como mas proximo debe excluir à su sobrino.

30. Tiene à su favor dicho Don Pedro otro no menos eficaz fundamento, que es el que se deduce de la ley 7. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopil.* ibi: *El hijo mayor, que en las dichas dos*

casas assi juntas por casamiento podia suceder, suceda solamente en vno de los tales Mayorazgos en el mejor, mas principal, qual èl quisiere escoger, y el hijo, ò hija segundo suceda en el dicho Mayorazgo. Esta ley expressamente decide el caso, de que vacando vn Mayorazgo por la eleccion de el primogenito, aya de passar su sucession al hermano, ó hermana, excluyendo al hijo, ò hijos de dicho primogenito, que es el de el pleyto; por ser hermano Don Pedro Gregorio de Don Joseph de Alfaro, quien hizo eleccion de el de Doña Anna Maria de Morales su Madre, y consiguientemente quedaron excluydos sus hijos, y descendientes de el de Don Francisco Rodriguez de Alfaro su Padre.

31. Y aunque de la decission de esta ley se deduce otra incompatibilidad, que es la legal sin embargo se debe adaptar su disposicion à la que proviene ex fundatione. *Azeved. in dict. leg. num. fin. & Matienz. in ea. gloss. 5. num. 1. D. Castill. lib. 3. controv. cap. 28. num. 20. & 5. cap. 177. num. 7. Roxas 7. part. cap. 6. num. 12. Quia vbi eadem ratio militat eadem dispositio debet militare. D. Larr. dict. decis. 51. n. 20. Paz de tenut. cap. 57. ex num. 189.* Y no ay duda, que la misma razon, que induxo à la ley à disponer la incompatibilidad, mueue à los Fundadores de los Mayorazgos à ponerla en sus disposiciones, como en su lugar se dirà. Y assi la citan todos los Authores à favor de el hermano segundo contra los hijos de el primogenito tratando de la incompatibilidad *ex fundatione. Rox. dict. cap. 1. num. 46. & in 7. part. cap. 6. num. 12. D. Larr. dict. decis. 51. num. 19. D. Castill. lib. 5. cap. 178. per tot. Aguil. dict. part. 4. cap. 1. n. 11. Salzed. de repres. lib. 2. cap. 6. num. 3.* ibi: *Quod non solum in Maioratibus mediante matrimonio conjunctis, vt dicit dict. l. 7. Procedit, verùm etiam ex identitatis ratione in illis, qui per successionem iunguntur.*

32. Ni se puede dezir, que fue caso omitido, y no determinado en la ley el de que el hijo primogenito, en quien se verificò la incompatibilidad no tuviesse hijos, si solo hermanos; porque en dicha ley se halla expressa mencion del hijo del primogenito ibi: *Y sino huviere mas de vn hijo, ò de vna hija, que aquel los pueda tener por su vida.*

vida. Y si aquel hijo, ò hija huviere dos hijos, ò hijo, è hija se dividan, y aparten los Mayorazgos segun avemos dicho. Rox. de Incompatib. 7. part. cap. 6. num. 13. ibi : *Lex 7. tit. 7. lib. 5. Recop. Intelligi debet etiam stantibus filijs, aut descendentibus primogeniti tempore illo, quo defertur successio Maioratus incompatibilis per electionem alterius, & hoc procedere debet tam in dispositione legis, quam hominis. D. Larr. dict. decis. 51. num. 28.* ibi : *Hæc omnia, quæ nostræ sententiæ, & decisioni legis 7. oponi solent facile disolvuntur, si atendas in dict. leg. 7. Expressam fieri mentionem filiorum primogeniti dùm traditur : si solum vnus filius sit quando Maioratus incompatibiles conjunguntur posse illum vtrumque Maioratum pro sua vita posidere, & si postea filios habuerit inter ipsos esse dividendos Maioratus, quos Patri (quia solus erat) permisum fuit possidere ; cùm verò solus non erat, sed cum primogenito alius filius, id est, eius frater ad illum Maioratus incompatibilis defertur, & ideó non potest dici casus omisus, quandò apertè lege de eo deciditur.*

33. Y assi teniendo à su favor Don Pedro Gregorio vna ley de el Reyno expressa, cuya decission, y disposicion se debe adaptar à la incompatibilidad *ex fundatione*, en que se haze expressa mencion de hijos de el primogenito, en quien se verificò la incompatibilidad parece claro, y sin disputa su derecho, y que por la palabra : *Siguiente en grado*, que contiene la fundacion, y la ley 45. Taur. se le transfiriò la possession civil, y natural de los bienes de el Mayorazgo por muerte de Don Francisco Chrysostomo, y eleccion de Don Joseph Leon sus hermanos mayores. Y aun ay otra decission Real, que favorece este intento, y es la Provision, que se despachò decidiendo el modo de succeder en las encomiendas de Indias, en que se observan las mismas reglas, que en los Mayorazgos de España. *Solorzano de Iur. Indiar. lib. 2. cap. 16. ex num. 51.* la qual refiere *Rox. 7. part. cap. 6. num. 12.* y *Solorz. dict. lib. 2. cap. 19. num. 2.* cuyas palabras son : *Por la qual declaramos, y es nuestra merced, y voluntad, que quando lo tal acaeciere en esta nuestra Nueva-España, que no suceda el hijo mayor en los Indios de su Padre, por las causas susodichas, ò por otra alguna, que la tal sucession passe à el hijo segundo, y no sucediendo el*

segundo

segundo passe à el tercero, y assi por consiguiente hasta acabar los hijos varones, y en defecto de no suceder en ellos suceda la hija mayor.

34. Con lo hasta aqui dicho parece se prueba claramente, que la incompatibilidad, que puso en su Vinculo, y Mayorazgo Don Francisco Rodriguez de Alfaro es lineal, y real por disposicion de derecho. Y lo mismo persuade lo literal de la fundacion, en la que hizo dicho Don Francisco como Commissario de Doña Anna Maria de Morales su Muger, que se refiere al *num.* 8. se hallan estas palabras: *Y à falta de la dicha descendencia D. Joseph Leon Rodriguez de Alfaro mi hijo, y su linea, y descendencia en la misma forma, y con la misma preferencia.* Y en la que executò por si *num.* 9. se hallan las siguientes: *Y por su falta à los demàs mis hijos, è hijas en la forma, y segun se refiere en la clausula antes de esta*: Con que aviendo sido los llamamientos en la fundacion, y clausula antecedente lineales, y refiriendose à ella en la subsequente, son, y deben entenderse en la misma forma. *D.Castill. dict. lib.* 5. *controv.* 2.*part.cap.*181.*num.* 37. ibi: *Verba: eodem modò, & forma, hispanè*, de la misma manera, que queda ordenado, *aut*, por el orden, que dicho es, *sunt relativa, & repetitiva præcedentis dispositionis cùm omnibus qualitatibus suis. leg. In summa.ff.de re judic. leg. Lucius*, 78. §. *Quæ habebat. ff. Ad Trebell.& quod dictiones ipsæ referant etiam, & repetant modum succedendis in terminis substitutionum probarunt Decius.Gozadyn.& alij. Et de dictione*: de manera, *quòd sit continuativa præcedentium, & non diversificet materiam, nec personas, tradiderunt Decius. Alciat. & alij. & quòd dictio*: segun la forma, y orden susodicho, *declaram mentem testatoris, vt velit formam, & ordinem supradictum protinùs observari.*

35. De el mismo hecho de aver llamado D. Francisco Rodriguez de Alfaro à la sucession de el Mayorazgo por lineas; ibi: *A falta de la dicha descendencia de Don Joseph Leon, y su linea, &c. en la forma, y segun se refiere en la clausula antes de esta*; que lo prueba tambien aver hecho los llamamientos en primer lugar à el dicho Don Joseph, sus hijos, y descendientes, y en segundo à D.Francisco

 Chry-

Chrysostomo, y en tercero à Don Pedro Gregorio, y demàs sus hermanos en la misma forma, se infiere quiso fuesse la incompatibilidad lineal. *Rox. dict. part. 7. cap. 6.* tratando por donde se conozca ser assi, ò personal. *n. 49. vers. Primus est.* Dize: *Si ex aliquibus verbis, & conjecturis deduci possit, quod Institutor, vel Legislator prohibuit Maioratum concursum causa providendi alteri lineæ, seù familiæ, & erigendi aliam domum in capite alterius, veluti secundogeniti, &c. quo quidem casu Maioratus, quem in optione dimisserit primogenitus transitum faciet ad aliam lineam, Patrui scilicèt, vel patruelis, & sic in eo non succedent filij, nec alij descendentes ex linea primogeniti.*

36. Y con evidencia se prueba de lo literal de las clausulas, que la mente, è intencion de Don Francisco Rodriguez de Alfaro fue proveer à dos de sus hijos con dichos Mayorazgos, y consiguientemente que la incompatibilidad fue real. Y no solo de las palabras de la clausula de la fundacion de el Vinculo de Don Francisco Rodriguez de Alfaro, que se han referido en el numero antecente, sino tambien de otras, que se les siguen, y son muy de notar para que no quede duda, en que dicha incompatibilidad es lineal. Ibi: *Y con expressa probicion, que ambos los dichos Vinculos no puedan concurrir en vn mismo sujeto.* Que de ellas se excluya ser personal dicha incompatibilidad, como supone Don Manuel Francisco de Alfaro, lo prueba *Roxas de Incompatib. part. 4. cap. 2. n. 13.* y 14. ibi: *Conditio, vel probibitio toties est realis, quoties apposita est in rem absque mentione personarum; cùm à re ipsa gravata dicatur realis, alitèr censeatur personalis. leg. Servus si hæredi 34. ff. de Statuliber. leg. Peto 69. §. Fratre in princ. de legat. 2. Sed quandò Institutor apponit conditionem, vt non succedat, nec retineat succesor suum Maioratum, si in alio succedere velit non eam apponit rei, sed personæ; quia ad hoc vt sit apposita in rem necesse erat, quòd dixisset, quòd suum Primogenitum non concurreret, cum alio apud eundem possesorem, sive dicat: Maioratus à me institutus cùm alio simùl non jungatur, aut vniatur.* Notense las palabras de la fundacion: *Y con expressa probibicion, que ambos los dichos Vinculos no puedan concurrir en vn mismo sujeto*, con las de el Autor:

Autor: *Quòd suum Primogenitum non concurreret cum alio apud eundem possessorem*; para inferir vna clara incompatibilidad lineal, y real.

37. Explica mas à este intento las palabras: *No puedan concurrir en vn mismo sujeto*; el señor Larrea *dict. decis.* 51. *num.* 10. ibi: *Et personam in dispositione exprimi non reddit eam personalem, sed demonstrat illum, in quem concipitur. leg. Juris gentium. §. Pactorum. ff. de Pact. Et ideò quamvis prohibitio alienationis certis personis restringatur, si de Maioratus fundatione tractetur, semper realis existimatur, & ad omnes transit successores.* Y finalmente prueban lo dicho hasta aqui los fundamentos que refiere *Roxas dict.* 4. *par. cap.* 1. *ex num.* 36. *vsque ad* 86. à que no satisface, ni dà solucion, y los demàs que traen los Authores, que claramente tienen por incompatibilidad lineal, y real la que puso Don Francisco Rodriguez de Alfaro en el Vinculo, que de el tercio, y quinto de su caudal fundò, que son los siguientes.

38. *Dom. Larrea dict. decis.* 51. *ex num.* 10. *vsque in fin. & ex num.* 38. Responde à los fundamentos, que se pueden deducir à favor de Don Manuel Francisco de Alfaro. *Aguila addit. ad Roxas dict.* 4. *part. cap.* 1. y en otros lugares en que và citado. *D. Olea in addit. ad tit.* 3. *quæst.* 4. *num.* 7. *Salcedo de repres. lib.* 2. *cap.* 6. *D. Molina lib.* 3. *de Hispan. Primog. cap.* 2. *num.* 30. *August. Barbos. vot. decis.* 126. *num.* 230. y otros muchos, que estos citan. Con lo qual queda bastantemente probado, que la incompatibilidad de este Mayorazgo es real, y por ella quedaron excluidos todos los descendientes de Don Joseph Leon Rodriguez de Alfaro, y solo habil para poder succeder en èl D. Pedro Gregorio Rodriguez de Alfaro Presbitero Canonigo de la S. Iglesia Metropolitana, y Patriarchal de esta Ciudad.

PUNTO SEGUNDO.

39. AUnque no se tuviera claramente por lineal, y real la incompatibilidad de el Vinculo, y Mayorazgo de Don Francisco Rodriguez de Alfaro por los fundamentos expressados en el

el punto antecedente, (que parece lo prueban) y se considerasse dudoso, esto basta para tenerla por incompatibilidad lineal, y real para excluir no solo la persona, en quien se verificò, sino tambien toda su descendencia, y constituir linea actual, y efectiva en el siguiente en grado, que es en el caso presente D. Pedro Gregorio de Alfaro Canonigo de la Santa Iglesia, que se prueba de la causa, ò causas finales, que mueven à los fundadores de Vinculos, y Mayorazgos à poner en ellos incompatibilidad, y refiere *Rox. dict. tract. de Incompatibilitate. par. 3. cap. 5.* deduciendolas de el 26. 27. y *fin. Numer.* y de la dicha *ley 7. tit. 7. lib. 5. Recop.* y las reduce principalmente à tres. La primera: Porque atiende el Fundador à proveer dos distintas, y separadas lineas, y que tengan frutos, y rentas para manutencion no solo de la persona de el posseedor, sino de todos los transversales de dicha linea. La segunda: para que se multipliquen las familias, y no se confunda con otra la de el Fundador, que no puede ser sino separandose los Mayorazgos en distintas lineas. Y la vltima: porque su memoria permanesca.

40. Y estas causas *simul*, ò cada vna *per se* haze la incompatibilidad lineal, *Rox. dict. cap. 5. num.* 32. ibi: *Quælibet earum facit, quod talis concursus prohibitio, seù incompatibilitas sit realis, & non personalis, vel limitata ad aliquem gradum, lineam, vel personam.* Esto aunque no las expresse en la disposicion el Fundador, porque se deben tener por expressas. *D. Larrea dict. decis.* 51. *num.* 17. ibi: *Semperquè interpretari debet dispositio, vt testator velit, ne familia sua cum alijs confundatur. D. Castill. dict. lib. 5. controv. cap.* 181. *num.* 8. ibi: *Quæ ratio in omnibus gradibus, & successoribus æqualiter vrget.* Y que estas causas sean finales lo prueba *Roxas dict. cap. 5. num.* 34. y que por esta razon constituyan vna incompatibilidad real; ibi: *Proindè cùm sint finales exclusio realis est, atque in perpetuum prohibitus censetur concursus Maioratuum.* Y siendo estas causas las que principalmente mueven à los Fundadores à poner en sus disposiciones la incompatibilidad, y que se deben tener por expressas, no ay duda, que la voluntad de Don Francisco Rodriguez de Alfaro Fundador de el Mayorazgo, que se

litiga,

litiga, fue, que este estuviesse separado, y en distinta linea de la que ocupasse el de Doña Anna Maria de Morales su Muger. *Gutierr. canon. quæst. lib. 2. cap.* 15. *n.* 1. ibi: *Causa finalis ea est, quæ principaliter in actu agendo ab agente consideratur, quæ ipsum præcipuè movit, & in quam ipsius mens finalis dirigitur; hæc namquè est vltima quoad executionem, prima tamen quoad intentionem.* Y si moviò á D. Francisco Rodriguez de Alfaro para poner la incompatibilidad, proveer dos de sus hijos, y los que de ellos descendieren, multiplicar las familias, y que su nombre no se obscureciesse, ni confundiesse, no ay por donde se pueda considerar personal dicha incompatibilidad.

41. La primera causa la refiere *Roxas dict. cap. 5. ex num. 9. & num.* 10. ibi: *Ratio est; quia sequeretur, quòd familia, ex qua illa bona ad aliam transirent spoliaretur illis bonis, seù terris, & sic maneret sine illa provisione.* Y juntandose ambos Mayorazgos en vna de las lineas provenientes de D. Francisco Rodriguez de Alfaro, y Doña Anna Maria de Morales su Muger, quedaran las otras privadas de el emolumento, y producto de dicho Mayorazgo contra la mente, voluntad, y causa, que le moviò al dicho D. Francisco à poner la incompatibilidad. Pruebalo el dicho Autor en el referido *num.* 10. de el *vers.* 1. 2. y 3. *cap. fin. Numer.* en que parece, que mandò Dios à Moyses dividiesse *per sortes* la tierra santa de Canaàn entre las Tribus de Israël, *ad provisionem vniuscuiusque de per se*, con diferentes preceptos entre los quales, que no pudiessen contraer matrimonio los varones de vna Tribu con las hembras de la otra; y las palabras que aplica Roxas à esta primera causa son las de dichos versiculos; ibi: *Accèserunt autem & Principes familiarum, atque dixerunt: Tibi Domino nostro præcepit Dominus, vt terram sortè divideres filijs Israèl, & vt filiabus Salphaàd fratris nostri dares possessionem debitam Patri, quas si alterius Tribus homines vxores acceperint sequetur possessio sua, & translata aliam Tribum de nostra hæreditate minuetur.*

42. Y se puede tener por evidente, que esta causa moveria à D. Francisco Rodriguez de Alfaro para la division; porque recayendo ambos Mayorazgos en vna linea las

demàs, que son seis correspondientes à los hijos, que instituyó herederos inclusos los de el Marquès deCastellon, como se refiere num. 5. quedàran expuestas consumiendose el caudal libre, à que pereciesse su memoria. Y en ellas la de Don Francisco Rodriguez de Alfaro segun aquellas palabras de *Seneca en el lib. 21. Epist. 116. Vbique tanti quisque quantum habuit fuit.* Y de *Horacio lib. 1. satyr. 1. Quia tanti quantum habeas sis. Et in lib. 2. satyr. 5. vers. 8.*

Et genus, & virtus nisi cùm revilior alga est.

(Alga es la yerva, que se cria de la espuma de el agua, que por no tener raiz, ni fundamento presto se pierde, y consume) y no avia de querer Don Francisco Rodriguez de Alfaro, que vno de sus hijos, y los que de èl descendiessen quedassen con dos Mayorazgos, y los demàs con ninguno, assegurandose con ellos la renta, que de sus fincas *perpetuó*, y enagenables pueden producir no solo para el posseedor, sino tambien para los transversales de aquella linea, à quienes tiene obligacion de alimentar. *Roxas de Incompat. 7. p. cap. 6. n. 51. D. Molin. de Hisp. Primog. lib. 2. cap. 15. à num.* 56. Y no pudiendose considerar esta estabilidad en lo demàs, que por legitimas paterna, y materna se les adjudicò con la facultad de que aun el primer posseedor lo puede todo enagenar. Para cuya prueba deduce tambien la dicha *ley 7. tit. 7. lib. 5. Recop.* en las palabras: *Y cada dia se disminuye, y pierde consumiendose, y menoscabandose las dichas casas principales, &c.*

43. La causa final segunda la refiere *Roxas dict. cap. 5. n.* 22. ibi: *Alia causa, quæ movere potuit Institutores ad dividenda Primogenia inter filios, vel diversos successores est ampliandi, seù multiplicandi familiam, seù familias non per vnum solummodò, sed per plures.* Y trae tambien para prueba el dicho capitulo final *Numer.* ibi: *Præcepit Dominus, vt terram sorte divideres filijs Israèl*, y no entre algunos de los hijos, sino entre todos, y las lineas, que constituyeron se dividiò la dicha tierra santa, como que para mantenerlas era precisso darles Patrimonio, con que se pudiessen substentar; porque de no vinieran à consumirse, y à acabarse; que tambien insinùa la dicha ley de el Reyno; ibi: *Disminuyendose las casas de los Nobles; por la confusion de los*

Mayo-

Mayorazgos en vna linea, con que se pueden proveer dos. Y finalmente la tercera la funda desde el num. 25. y la prueba de el versiculo 4. de dicho capitulo; ibi: *Nè confundatur sortium distributio*, y en el versiculo 7. *Ne commisceatur possessio filiorum Israèl de Tribu in Tribum*; *omnes enim viri ducent vxores de Tribu, & cognatione sua, & cunctæ fœminæ de eadem Tribu maritos accipient, vt hæreditas permaneat in familijs, ne sibi misceantur Tribus, sed ità maneant, vt à Domino separatæ sunt. Et dicta lex* 7. ibi: *La memoria de los Fundadores de dichos Mayorazgos, y la fama de ellos, y de sus linages se han disminuido, y cada dia se disminuye, y pierde.*

44. Siendo à el parecer la causa mas vrgente, que mueve à los Fundadores la vltima de las dichas: porque la memoria de su nombre no se consuma, y acabe. *D. Larrea dict. decis.* 51. *n.* 17. *D. Castill. lib.* 5. *cap.* 178. parece cessa esta en el caso presente, y que por ella se pudiera considerar personal, y no lineal la incompatibilidad, de que se trata; pues Don Pedro Gregorio de Alfaro, que pretende aver sucedido en el Mayorazgo por muerte de Don Francisco Chrysostomo de Alfaro su hermano es Presbitero, y en quien descendencia legitima, que conserve el nombre, armas, è insignia de el Fundador, no se puede esperar. Y tampoco se verifican las otras causas; por averle dexado su Padre con la Canongia de la Santa Iglesia, y otras rentas Eclesiasticas suficientes para mantenerse el tiempo de su vida con la decencia correspondiente à su estado, y calidad, ni tan poco por la misma razon se puede considerar cabeza de familia, que constituya otra distinta, y separada de la de sus Hermanos.

45. A que se satisface con que en la fundacion de los Mayorazgos no se atiende principalmente à la persona de los Posseedores, sino à la perpetuidad de los bienes en la familia. *D. Larrea dict. decis.* 51. *num.* 21. ibi: *In Maioratibus semper atenditur perpetuitas. D. Molin. lib.* 1. *de Hisp. Primog. cap.* 3. *n.* 14. *&* 4. *per tot. & præcipuè n.* 13. Y si considerando dicha incompatibilidad personal recayera en Don Manuel Francisco de Alfaro (como pretende) el Mayorazgo, que se litiga, no solo quedarà perjudicado Don Pedro Gregorio, en quien no se puede aumentar la

fami-

familia, ni en su descendencia conservarse el nombre, y armas de el Fundador, ni le falta renta fixa para su manutencion, sino tambien la linea, y descendencia de Doña Juana Laurencia de Alfaro, que fue Muger de Don Balthasar de la Torre Cossio Cavallero de el Orden de el Señor Santiago, de quien quedaron hijos, y las de Don Ignacio, Don Miguel, Don Antonio, y Doña Isabel Maria de Alfaro Muger que fue de el Marquès de Castellon Padre de el actual, que son los herederos instituìdos por los dichos Don Francisco de Alfaro, y su Muger, como se expressa al num. 5. y que tienen derecho à el Mayorazgo, y sus descendientes, que podràn conservar el nombre, armas, y familia de el dicho Don Francisco Rodriguez de Alfaro Fundador, y en quienes no se verifican los inconvenientes, que se le pueden oponer â Don Pedro Gregorio para excluirle considerandose (como debe) dicha incompatibilidad lineal.

46. No solo las causas dichas son bastantes para probar en caso de duda ser lineal dicha incompatibilidad, sino que lo mismo se deduce de las mismas fundaciones de ambos Mayorazgos executadas por Don Francisco Rodriguez de Alfaro por si, y como Commissario de su Muger, que se refieren en los num. 8. y 9. donde se hallan lineales los llamamientos; pues para el primero de Doña Anna de Morales fue llamado Don Francisco Chrysostomo Rodriguez de Alfaro hijo Primogenito, y su linea, y descendencia, y por hallarse ya proveìda esta linea llama dicho D. Francisco à el suyo à Don Joseph Leon su hijo segundo, y su descendencia, que son claramente llamamientos lineales. *Lara de Capellan. lib. 2. ex num.* 8. & præcipuè n. 12. Y assi los considerò el Theniente, que determinò el pleyto à favor de Don Pedro, como consta de su Auto inserto al n. 18. y siendolo, lo es tambien la incompatibilidad; por ponerse à los bienes, y no à la persona, como queda probado n. 36. y otros.

47. Ay otra razon de mas de las hasta aqui dichas, que prueba deberse tener por real la incompatibilidad de el dicho Vinculo, y es, que si en èl succediera Don Manuel Francisco de Alfaro excluyendo à D. Pedro Gregorio su Tio,

Tio,no fuera perpetua,ni permanente esta succession en ninguno de los de la linea de D. Joseph Leon Rodriguez de Alfaro;por estàr expuestos à suceder en el Doña Anna Maria de Morales,que por la eleccion se perpetuò en ella, contra la naturaleza de el Mayorazgo, que dize perpetuidad en las lineas,sin que pueda hazer transito,sino es total mente evacuandose aquella , donde vna vez entrò. *Lara dict. n.8.* ibi: *Et licèt in Vinculis, & Maioratibus ingressa vna linea non sit regressus ad aliam,quousquè omnes de illa linea deficiant.cap.vnic.de nat.succes.feud.Covar.pract.quæst.38. n.16. Molin. lib. 3. cap.4. num.* 14. que no sucede passando por la eleccion de el primogenito al hermano , como lo dispone la ley de el Reyno citada. *D.Larrea dict.decis.*51.*n.*11. ibi: *Cùm in eadem maneret linea non posset esse perpetua absque co quod creba incompatibilitas sæpiùs repeteretur , à qua vt liberaretur filius deberet in alium filium,& in eadem linea renunciare Maioratum,quod in jure admittendum non est;quia ludibrio foret dispositio Institutoris Primogenij , qui tàm seduló suam familiam non confundi curavit inducta incompatibilitate, quæ fuit ratio textus in leg.fin.§.Vbi autem, C. de bon. quæ, lib* ibi : *Nè ludibrio leges ei fiant , sæpiùs eandem & amplecti , & respuere hæreditatem cupienti ; & conducunt verba textus in leg. Cum alij.Cod.de curat. furios.*ibi:*Nequè crebra, vel quasi ludibriosa fiat curatoris creatio,& frequenter tàm nascantur, quam desinere videantur; & in successionibus non admittendæ formæ succedendi parùm constantes, & variæ,nec censetur dispositum illud, quod ex tempore ostendit mutationem , & firmitatem non habere.Et facit ratio textus in leg. Quid sic* 55.*ff.de solution.* ibi : *Quemadmodùm non alienantur numini , qui sic dantur, vt recipiantur.Roxas de Incompatib.d.4.p.cap.1.n.*59.

48. Y esto, que previenen los AA. y textos citados para prueba, de que no se pueda tener por incompatibilidad personal la que se trata , ya se halla verificada en el caso presente; pues como consta de la relacion de el hecho à el n. 11. por muerte de D. Francisco Chrysostomo Rodriguez de Alfaro,y aviendo elegido para si D. Joseph Leon el Mayorazgo de Doña Anna Maria de Morales dixo, aversele transferido la possession civil , y natural de los bienes de el de su Padre à D. Joseph Vicente su hijo mayor,

 y

y tratò de tomar la real,y actual como ſuPadre,y legitimo Adminiſtrador,y con la muerte de dicho D. Joſeph Leon dize D. Joſeph Vicente, ſer poſſeedor de el Mayorazgo de la dicha ſu Abuela, y D. Manuel Franciſco, que ha adquirido el de ſu Abuelo; con que ſe halla verificada *forma ſuccedendi parùm conſtans, & varia*, que reprueba la diſpoſicion citada. Y ſi ſucede faltar D. Joſeph Vicente ſin deſcendencia avrà la miſma mudança eligiendo,ò no D. Manuel Franciſco, y todo ceſſa, con que paſſe el Mayorazgo à D.Pedro Gregorio,en quien ſe radicò la ſucceſſion por ſu vida, y deſpues en los demàs ſus hermanos ſegun el orden de la fundacion, y nunca ſe verificarà el referido inconveniente, y quedaran los Mayorazgos en diſtintas, y ſeparadas lineas *ad proviſſionem vniuſcuiuſque de per ſe,& abſque immixtione, & confuſione*, que dixo Roxas dict. 3.p. cap.5.n.1. por ſer, como es dicha incompatilidad lineal, y real, aunq̃ por las palabras de la fundacion del ſiguiente en grado ſe quiera arguir dudoſa la mente del inſtituidor.

49. Lo haſta aqui dicho en eſte punto ſegundo ſe halla canonizado con diferentes executorias, que en caſos ſemejantes ha avido en la Real Chancilleria de Granada, Tribunal donde ſon quotidianas controverſias ſemejantes en puntos de propriedad por diſpoſicion de la ley 9. *dict. tit.7. lib.5. Recop.*y las refiere el ſeñor Larrea *dict.deciſ.* 51.*n.*16.ibi:*Senatus in his controverſijs niſi expreſſe de juditio diſponentis apareat voluiſſe incompatibilitates adverſus lineas, gradus, vel perſonas limitare, vel aliquam rationem exprimere,quæ ſolum excludat perſonam, & aliam ſolum admitat ſemper realem cenſuit, vt incompatibilitas bona commitetur, & non eſſe admitendos ad ſucceſſionem incompatibilem deſcendentes primogeniti, ſed fratrem, & vlteriores alterius lineæ.* Lo miſmo *Roxas dict.cap.* 5.*n.* 32. y otros muchos AA. con que podrèmos dezir, que eſtà executoriado eſte punto à favor de D. Pedro Gregorio Rodriguez de Alfaro, y que en los terminos de la fundacion la incompatibilidad es lineal, y real: *Et bonis ipſis, & Maioratui annexam, & injunctam, & ſicquè ſucceſſores omnes in infinitum aficere juxtà textum in leg. Qui aliena, §. final. ff.* de *Negot. geſt. leg. Juris gentium, §.Pactorum,ff.de Pact.*ibi: *Vtrum autem*

tem in rem, an in personam pactum factum sit, non minùs ex verbis, quàm ex mente contrahentium æstimandum est. Dom. Castill.dict.cap. 18.*num*.9.

50. De todo lo qual resulta, que para que se tenga por personal, y no lineal la incompatibilidad, es preciso cõste claramente que la voluntad de el Fundador fue excluir la persona, y no la linea, en cuyos terminos son las decisiones de dicha Real Chancilleria de Granada: *Vel aliquam rationem exprimere, quæ solum excludat personam, & aliam solum admitat.* Y dà la razon el señor Castill.*dict.cap.* 181.*n*.8.ibi: *Institutor, quód non expressit, velle non præsumitur, cùm facile illi fuit exprimere, & disponere, & non expressit.* Y no tan solamente se halla en la fundacion expression de D. Francisco Rodriguez de Alfaro, por donde se pueda inferir fue su voluntad restringir la incompatibilidad à la persona, si no que de los llamamientos lineales se debe inferir lo contrario, como queda antes fundado. Y aunque no huviera otra cosa, que dichas executorias bastaba para tenerse por real la incompatibilidad, que se trata por las palabras de el texto *in leg. Non possunt, ff.de legib.* ibi: *Non possunt omnes articuli sigilatim aut legibus, aut Senatus consultis comprehendi, sed cùm in aliquo casu sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni præest ad similia procedere debet, atque itá jus dicere.* Con que concurre lo demàs hasta aqui dicho.

PUNTO TERCERO.

51. EL primer lugar de los que se citan à favor de D. Manuel Francisco de Alfaro, y con que se quiere probar ser la incompatibilidad personal; por la qual solo quedó excluido Don Joseph Leon su Padre con la eleccion de el Vinculo, y Mayorazgo de Doña Anna Maria de Morales su Madre, y D. Joseph Vicente (suponiendolo posseedor de el de su Abuelo desde dicha eleccion) por la succession, que recayò en èl con la muerte de su Padre, de dicho Mayorazgo, es el de Roxas *dict.* 4.*par. cap.* 1.*n*.87. ibi: *Sed ego in conflictu harum opinionum hac distinctione adhibita vtramque sequor, & explico sententiam,*

tiam, in qua semper resideo: aut vocatio sive sit facta à lege, sive ab homine est de secundogenito, seù filio, aut fratre secundo, ità sic: Suceda en el otro Mayorazgo el hijo segundo, ò el hermano segundo: *Et tùnc vocato filio secundo, vel fratre secundo solummodò secundogenitus, sive filius secundus, aut frater secundus, & eius filij, seù eiusdem lineæ descendentes succedere debent, & non filij primogeniti, nec alij ex primogeniti linea; quia vocatio de filio secundo in eo, & in eius descendentibus est linealis, & realis ad exclusionem primogeniti, & eorum descendentium. At verò si vocatus fuerit in alio Maioratu incompatibili sequens in gradu, tùnc filij primogeniti succedent, & præferentur Patruo secundo, vel tertiogenito.* Y en este sentido dize, que habla, y son los fundamentos de el señor Larrea *dict. decis.* 51. constando lo contrario de lo vno, y de lo otro; pues funda, que para que sea la incompatibilidad personal es menester expression clara de el Fundador, y en estos terminos son las decisiones de la Real Chancilleria, como se verifica de las palabras de el mismo señor Larrea num. 49. y de lo que queda fundado en el punto primero.

52. Para que esta opinion no obste à lo hasta aqui dicho en favor de Don Pedro Gregorio de Alfaro es precisso hazerse cargo de los fundamentos con que la comprueba Roxas, y satisfaciendo à ellos quedarà hecho à los demàs de otros Autores, que à favor de D. Manuel Francisco se puedan citar. El primero es al n. 8. y se reduce à que el siguiente en grado à el Padre son los hijos; *leg. 2. ff. de Bon. libertor.* ibi: *Liberi eius, vel alterius Patroni petere poterunt ex illa parte ædicti, qua primis non potentibus, aut etiam nolentibus ad se pertinere sequentibus datur, ac si priores ex eo numero non essent*; y que siendo Don Manuel Francisco el siguiente en grado, como hijo de D. Joseph, consiguientemente excluso su Padre por la eleccion, y su hermano por la sucession, le toca el Mayorazgo. A que se satisface con lo dicho, y Autores citados n. 22. donde se prueba, que el siguiente en grado se debe considerar en la linea, y que no aviendola constituìdo Don Joseph Leon en el Mayorazgo de su Padre; por aver estado en possession de sus bienes solamente segun lo probado *num.* 25. aunque D. Manuel

Fran-

Francisco *sit sequens in gradu sui Patris*, de nada le sirve para su pretension; por considerarse vacante el Mayorazgo con la muerte de Don Francisco Chrysostomo Rodriguez de Alfaro, y que no existia para poder succeder en èl Don Joseph Leon.

53. El segundo fundamento *num.* 12. se reduce à casi lo mismo que el antecedente ; porque se funda en que el grado es lo mismo que la persona leg. sed si plures 10. §. fin. glos. in verb. in vno gradu, id est: in vna persona. leg. fin. §. Titius, ff. de vulg. Y siendo el hijo siguiente en grado, es lo mismo que la siguiente persona de su Padre, y assi excluso D. Joseph Leon debe succeder D. Manuel Francisco. A que se satisface con lo mismo que en el num. antecedente como tambien à el fundamento 4. que trae el mismo Roxas n. 16. y es que el siguiente en grado se entiende el immediato llamado, ò substituìdo, con la *ley sed si sequens gradus* 15. *cùm glos. sequens gradus*, *& cùm leg.* 1. *ff. de vulg.* y otros, el hijo primogenito es substituìdo à el Padre excluido: luego este se comprehende en la palabra: *siguiente en grado*.

54. El tercer fundamento num 15. lo deduce de la ley citada 7. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* en las palabras: *y el hijo, ó hija segundo suceda en el otro Mayorazgo.* Y prosigue Roxas: *& ad transversales transire non permitit.* A que se responde con la misma ley. que en el primer caso dispone, que quando acaeciere la incompatibilidad, y eleccion de el primogenito, el otro Mayorazgo passe à el hermano *excluso filio primogeniti*, en cuyos terminos se entiende la ley segun lugar del mismo Roxas, y del señor Larrea citados n. 32. y assi la parte de la ley, que cita por fundamento para probar, ser la incompatibilidad personal: *y el hijo, ò hija succeda en el otro Mayorazgo*, es segundo caso, decidido ya el primero à favor de el Hermano en concurrencia de Sobrinos hijos de el primogeuito, en quien se verificò la incompatibilidad, y en este segundo habla la ley en terminos de que no aya hermanos, ni mas que vn hijo de el primogenito, quien por no aver otro, que tenga derecho de suceder, pueden en el concurrir ambos Mayorazgos, con tal que teniendo dos hijos, ò hijo, è hija se buelvan à dividir en ellos.

 El

55. El quinto fundamento lo deduce de la *ley Næcem* 4. *§. Si deportatus Patronus sit, filio ejus competit bonorum possessio de bonis liberti, nec impedimento est ei talis Patronus, qui mortui loco habetur, ff. de Bon. libert.* De el señor *Molina de Hisp. Primog. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 27. y de el señor Castillo, y otros; donde se prueba, que si el Mayorazgo vacare por deportacion de el Padre sucede en él el hijo; quia pro mortuo habetur. Y el sexto lo deduce tambien de otro lugar de el mismo señor *Molin. dict. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 69. donde prueba, que si vacare *per ingressum religionis Patris* sucede de el mismo modo el hijo; como tambien en caso de vacante por delito, que cometa el posseedor, fundandolo *cum dict. Molin. lib.*4. *cap.* 11. *num.* 52. *&* 53. que es el septimo fundamento; y el octavo, que si fuere excluso el posseedor *ex eo quod sit cæcus, mutus, & surdus succedit primogenitus, & non filius secundus. D.Molina dict. lib.*1.*cap.* 13. *num.*35.*D.Castill. lib.*3.*controv.cap.*15.*num.* 55. y lo mismo sucede, si fue excluido por ingratitud *argum. leg. Divi fratres.ff.de jur.Patronar. Mieres par.*2.*quæst.*4.*ilat.*1.*n.*18. que es el nono fundamento. Y el dezimo, que si el immediato matare à el posseedor de el Mayorazgo, sucede en èl su primogenito *ex doctrina D.Castill.lib.*5.*controv. cap.*161. *à num.* 4. Y el vndezimo, que si en la fundacion huviere clausula de que si el posseedor enagenare los bienes de el Mayorazgo, pierda su possession, verificandose sucede el hijo *ex doctrina D.Molin.lib.*3.*cap.*10.*n.*44.*Matienz. Velazq. de Avendaño, Alvarado*, y otros.

56. A todos los quales, con vna respuesta se satisface, y es, que en los casos expressados el posseedor fue legitimo, y constituyò linea actual, y efectiva, con que se adquiriò derecho de suceder à todos sus descendientes, fuesse por destierro, entrada en Religion, delito, ù otra de dichas causas, que se equiparan à la muerte; y como por esta suceda en el Mayorazgo el hijo de el que posseyó, ò tuvo derecho de posseer *ex decis. leg.*40.*Taur.* de el mismo modo lo tienen los hijos de el deportado, ciego, ù de el que enagenò los bienes, &c. Y el caso presente es muy distinto; porque Don Joseph Leon Rodriguez de Alfaro luego que eligiò el Mayorazgo de su Madre quedò como

si

ſi en èl nunca huviera entrado el de D. Franciſco Rodriguez ſu Padre, y huviera ſido perſona, de quien ninguna mencion ſe huvieſſe hecho, ni tenido llamamiento en la fundacion, como queda probado en los num. 24. y 25.

57. El duodezimo fundamento es, que el ſiguiente en grado ſe entiende el immediatamente llamado, ò ſubſtituído, y que el hijo es ſiguiente en grado, â que queda ſatisfecho n.55. como tambien al dezimo tercio, que ſe reduce à que la clauſula: *Sequens in gradu eſt idem ac: ſuccedat proximior conſanguineus, leg. Hæres furioſi 51. ff. de Petit. hæredit.* y el proximo conſanguineo en el caſo preſente es D. Pedro Gregorio Rodriguez de Alfaro, por lo fundado en los numer. 22. y 23. y pone por fundamento final de la opinion, que parece ſigue, y reſuelve Roxas al n. 88. de el cap. 1. la ley 45. de Toro con ſu concordante la 8. *tit.* 7. *lib.* 5. ibi: *Se traſpaſſe la poſſeſſion civil, y natural en el ſiguiente en grado*: Con que ſiendolo el hijo, en èl ſe verificò la decision de las leyes; pero queda repetido en varias partes de eſte eſcrito, que el ſiguiente en grado en el caſo de el pleyto es D. Pedro, y à quien ſe le transfiriò la poſſeſſion civil, y natural por miniſterio de dichas leyes, y ſe le diò legitimamente la real, y actual, en que ſe halla manutenido. Y aqui ſe verifica el *non enim opinio Doctoris ſed ratio doctrinæ ponderanda eſt*, que ſe dixo al num. 19.

58. El ſegundo lugar, que à favor de el dicho D. Manuel ſe podrà citar es de el miſmo *Roxas de incompatib.* 7. *par. cap.* 6. donde explica la gloſa *verb. Rex in cap. Cæpit Hermenegildus Rex* 24. *q.* 1. y tambien la queſtion de incompatibilidad en los terminos de el pleyto, refiriendo los fundamentos, que ay à favor de el Patruo contra el hijo de el primogenito, y de eſte contra el Tio, que ſon en ſubſtancia los miſmos, que en el cap. 1. part. 4. y à el n. 33. dize es tan ardua, y dificultoſa la queſtion, que en la Chancilleria de Granada ſe ha reſuelto vnas vezes à favor de el primogenito, y otras à favor de el Tio, precediendo diſcordia, y remiſſion de vna à otra Sala, y à el 35. trata de componerlas; ibi: *Aut ratio incompatibilitatis, qua motus fuit Inſtitutor Maioratus, Vinculi, ſeù perpetui fideicommiſſi, aut Patronatus comprehendit lineam Patris ſucceſſoris, ac poſſeſſoris,*

qui

qui optavit vnum ex duobus, pluribusvè Maioratibus incompatibilibus, aut comprehendit tantùm personam eius. En el primero es lineal la incompatibilidad, y en el segundo
59. *tantùm* personal.

De que se induce no solo, que este lugar, y opinion no favorece la pretension de D. Manuel Francisco de Alfaro, sino la de D. Pedro Gregorio su Tio. Y prueba mas, y es, que el aver resuelto la question en la *4.p. cap. 1. n.88.* à favor de el hijo de el primogenito contra el Tio, es en otros terminos distintos de los de el pleyto, que lo persuaden las palabras: *Aut ratio incompatibilitatis, qua motus fuit Institutor Maioratus, &c. Comprehendit lineam Patris successoris, ac possessoris, qui optavit, &c.* explicadas en otro lugar, q̃ se refiere n. 36. de este papel, del mismo *Roxas p.4. cap.2.n.13.* ibi: *Conditio, vel prohibitio toties est realis, quoties apposita est in rem absque mensione personarum; cùm à re ipsa gravata dicatur realis, alitèr censeatur personalis; sed quando Institutor apponit conditionem, vt non succedat, nec re tineat successor suum Maioratum, si in alio succedere velit, non eam apponit rei, sed personæ; quia ad hoc vt sit apposita in rem necesse erat, quod dixisset, quòd suum Primogenium non concurreret cùm alio apud eundem possessorem, sive dicat: Maioratus à me institutus cùm alio simùl non jungatur, aut vniatur,* que son las mismas palabras de la fundacion, que tambien se refieren *dict. num. 36. Y con expressa prohibicion, que ambos Vincu-*
60. *los no puedan concurrir en vn mismo sujeto.*

Con que, si por estas palabras se comprehende en la linea la incompatibilidad, es visto ser lineal, y real, la que D. Francisco Rodriguez de Alfaro puso en su Vinculo, y que por ella quedò excluido de su succession no solo D. Joseph, sino toda su descendencia, y que hizo transito el Mayorazgo por la eleccion à D. Pedro Gregorio, y consiguientemente, que el caso, en que dize *Roxas dict. par. 4. cap. 1.n.88.* que es personal la incompatibilidad, es quando la fundacion contiene la clausula: *Passe à el siguiente en grado*, sin que de otras conste aver sido puesta à la linea, como es la que dize: *Y con expressa prohibicion, que ambos los dichos Vinculos no puedan concurrir en vn mismo sujeto*, que se halla en la de D. Francisco Rodriguez de Alfaro; y alli

la persona *est posita causa demonstrationis*, y no para que se verifique en ella la incompatibilidad, que realmente se radica en la cosa, como lo prueba el señor Larrea en el lugar citado num. 37.

61. Y que *Roxas dict.4.part.cap.1.num.*88.hable en terminos distintos de la question presente, y solo quando se dize: *Passe el Mayorazgo dimitido à el siguiente en grado*, sin hallarse en la fundacion otras clausulas, de donde poderse inferir, fue la voluntad de el instituìdor poner la incompatibilidad à la cosa, como es la antes referida, y aver hecho los llamamientos lineales, se prueba mas de el citado lugar de el mismo *Roxas p.7.cap.6.n.*49. donde dize, que si de las palabras, ò conjeturas se pudiere inferir, quiso el Fundador proveer otra linea, es la incompatibilidad lineal, y real, y que en este sentido se debe entender el *señor Castillo lib. 5. controv. cap.*178.*Robles de Salzedo de represent.lib.2.cap.6.D.Larr.dict.decis.*51.que son algunos de los Autores citados à favor de D. Pedro Gregorio n. 38. ecepto el dicho señor Castillo, que se reserva para su lugar. Y assi aviendo expression en la fundacion de D. Francisco Rodriguez de Alfaro, que se deduce de los llamamientos lineales, y de la clausula: *Y con expressa declaracion, que ambos los dichos Vinculos no puedan concurrir en vn mismo sujeto*, y las causas finales, que mueven à los Fundadores à la incompatibilidad en sus fundaciones, que se deben tener por expressas, aunque se omitan, *vt probatum jacet punct.2. Dom.Larr. decis.*51.*n.*17. es visto, que por la opinion de Roxas en vno, y otro lugar la incompatilidad de este Mayorazgo es real, exclusiva de toda la descendencia de D. Joseph Leon Rodriguez de Alfaro, y que à su favor en ambos lo puede citar Don Pedro Gregorio de Alfaro.

62. Aun todavia resta otro lugar de Roxas, en que toca la question de el pleyto, que es la *par.8.cap.7.n.*24.ibi: *Ideò sub vocatione sequentis in gradu non excluduntur, qui sunt de illa linea, quæ semper debet præferri, & continuari cap. 1. de natur.succes.feud. leg.2.tit.15. part.2.D.Larr. decis.54.n.1. cùm Molin. Covarrub. Castill.* y otros; y que respecto de estàr el hijo en la linea de el Padre, es el que debe succeder,

ex-

excluyendo à el Tio. A que se satisface con lo mismo que en el num. 51. y siguientes, (dado caso no huviesse en la fundacion de Don Francisco Rodriguez de Alfaro otros fundamentos para tener por lineal, como lo es, la incompatibilidad de dicho Vinculo.)

63. El segundo Autor, que puede citar à su favor D. Manuel Francisco Rodriguez de Alfaro es *Solorz. de Iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap.* 19. *n.* 28. que concuerda con el cap. 21. del lib. 3. de su Polytica. ibi: *Sed his non obstantibus contraria sententia, nimirum nepotem Patruo in quæstione proposita præferri debere, mihi semper magis arrisit, èt pro ea nupèr in supremo hoc Indiarum Senatu pronunciatum fuit in ardua causa Commendæ Iucatanensis intèr Didacum Santos de Magaña Pacheco Patruum, & D. Franciscum Magaña Pachecum eius ex primogenito fratre nepotem, & iterùm intèr filium secundogenitum, & nepotem ex primogenito strenui Ducis Melchioris de Solorzano Commendatarij Chiapensis, illiusque præcipua fundamenta ea, quæ sequuntur esse videntur, ex quibus simùl contrariorum solutio facile sumi poterit.* Que aunque esta opinion, y decision de el Consejo de Indias es en terminos de encomiendas de aquellos Reynos, respecto de que como està probado n. 33. en ellas se sucede por las mismas reglas de los Mayorazgos de España, aviendo esta decision à favor de el Sobrino hijo de el primogenito excluyendo à el Tio, podrà alegarla à su favor dicho D. Manuel Francisco *ex identitate rationis.*

64. Pero tan poco esta opinion le puede aprovechar, ni perjudicar à D. Pedro Gregorio de Alfaro para la confirmacion de el Auto del Theniente, que pretende, y espera por el primero, y principal fundamento, que trae el mismo Solorçano para resolver la question, y que huvo para la decision *num.* 29. ibi: *Primùm, quod licèt verum sit in dicta illa regia Provisione anni* 1552. *filium secundogenitum, & sic deinceps cæteros suo ordine vocari in casum, quo primogenitus ob possessionem alterius Commendæ impeditus sit, & ibidem nulla de nepotibus mentio reperiatur, postea tamen supervenerunt aliæ schedulæ anno* 1580. *&* 1582. *præcedentium declaratoriæ, & in eis expressè cautum invenitur, nepotes Patruis in successione Commendatarum præferri debere.* Y assi

aviendo

aviendo Cedulas especiales declaratorias de las citadas *dict. n.* 33. especialmente en las encomiendas de Indias, por razon, que para ello huvo, no se pueden extender à los Mayorazgos de España, en que se halla en su observancia la *ley* 7. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* sin otra posterior que la derogue. *Gutier. lib. 3. practic. quæst.* 17. *num.* 213. *Barbos. in leg.* 1. *de solut. matrim. p.* 1. *à n.* 5. y con este fundamento el señor Olea en la addicion al *tit.* 3. *de cess. jur. & act. q.* 4. *n.* 7. dize no obsta la opinion de dicho Solorçano; ibi: *Loquitur in Commendis Indiarum, & juxtà speciales Provisiones, ceù schædulas Regij Indiarum Consilij.* Con que se satisface tambien à el lugar de la Polytica.

65. El lugar, que mas parece pudiera aprovechar â Don Manuel Francisco de Alfaro es el de el señor D. Juan de el Castillo *lib.* 3. *controv. cap.* 15. *per tot.* donde parece que resuelve la question de la presente incompatibilidad à favor de los hijos de el que eligiò Mayorazgo; por averse verificado la dicha incompatibilidad con aver recaído en en el Vinculo, que la tenia, contra el Tio. Y aunque quiera aplicar esta doctrina à su favor dicho D. Manuel, no perjudica à D. Pedro Gregorio; por ser muy distinto el caso propuesto por el señor Castillo, y distinta la razon de su decision, y bien cõsiderado prueba à favor de dicho D. Pedro, y verifica lo hasta aqui dicho. Y para que assi conste se refiere la especie, que es como se sigue.

66. Huvo pleyto entre D. Alfonso Davalos, Roxas, y Sotomayor, y sus hijas de vna parte, y de la otra D. Antonio de Torres, y Doña Cathalina de Torres, y Sotomayor su Muger, sobre la sucession de dos Mayorazgos fundados por D. Rodrigo de Roxas, y Doña Cathalina de Soto mayor Abuelos de los litigantes, que cada vno por si dispuso, y D. Rodrigo de Roxas puso en el suyo la clausula de el tenor siguiente: *Pero si el dicho Francisco Davalos, y Roxas, y otro qualquiera de sus hermanos acaeciere, que succeda en el Mayorazgo principal de su Abuelo, ò fuere Clerigo de Orden Sacro, de manera que no se puedan casar, quiero, que passe esta mi herencia en el siguiente en grado, con que à falta de otro hijo lo pueda aver el que sucediere en el dicho Mayorazgo.* Y Doña Cathalina de Sotomayor puso en el suyo

en

en el ſuyo la de el tenor ſiguiente: *Porque es mi voluntad, que ſucceſſor en el Mayorazgo, que tienen inſtituído los dichos Hernando Davalos, y ſu Muger, no ſuceda en eſte Mayorazgo, y Vinculo; pues queda, y eſtà bien remediado, y ſuceda en tal caſo el llamado tràs él en eſte mi Mayorazgo por la orden, que dicha es.*

67. Poſſeyó eſtos Mayorazgos muchos años en quieta, y pacifica poſſeſſion D. Alfonſo Davalos, y por muerte de ſu hermano mayor ſin ſucceſſion vacò el de Hernando Davalos, y ſu Muger, en cuya poſſeſſion entrò, de que ſe originó el litigio. A cuyo tiempo tenia el dicho D. Alfonſo dos hijas legitimas, y en las fundaciones de dicho D. Rodrigo de Roxas, y Doña Cathalina de Sotomayor en los llamamientos, que hizieron à vn D. Fernando Davalos, y demàs ſus hermanos ſubſtituyeron à ſus hijos, nietos, y deſcendientes. Y la dicha Doña Cathalina Muger de D. Antonio de Torres, ni en vno, ni en otro tenia expreſſo, y eſpecial llamamiento, y ſolo ſe comprehendia en las ſubſtituciones, y vocaciones generales pueſtas en el fin de la fundacion deſpues de faltar todos ſus hermanos, y los deſcendientes de ellos; en cuyo caſo reſuelve el ſeñor Caſtillo la queſtion à favor de las hijas de el dicho D. Alfonſo Davalos excluyendo à Doña Cathalina ſu Tia Muger de D. Antonio de Torres.

68. Que no ſea caſo eſte ſemejante à el de el pleyto, ni que deba correr la miſma deciſion por diferentes medios ſe prueba. El primero, que como de el hecho referido conſta D. Alonſo Davalos, y Doña Cathalina de Sotomayor, que litigaron eran primos hermanos, y nietos ambos de los Fundadores, y el D. Alfonſo hijo de D. Fernando, ò de Franciſco, q̃ parece fue el primogenito, y la Doña Cathalina de otro de los hermanos de el ſuſodicho: con que ſe ſaca de la eſpecie de el ſeñor Caſtillo, que de ambos Mayorazgos fue poſſeedor el Padre de Don Alfonſo, en quien no ſe verificò incompatibilidad, y deſpues D. Alfonſo por muchos años, en quien recayò el Mayorazgo principal, de que naciò la queſtion, y pleyto. Y en eſte caſo Doña Cathalina prima hermana de el ſuſodicho no tenia derecho de excluir à ſus Sobrinas, hijas de ſu primo her-

hermano, por la regla diferentes vezes tocada en este papel de que *ingresa vna linea non potest facere transitum ad aliam*; y las hijas de el dicho Don Alfonso estaban en la linea contentiva de su Abuelo principio, y cabeza de ella; y aunque por la incompatibilidad, y eleccion de su Padre huviera quedado como si en tal Mayorazgo no huviera sucedido (como tambien và dicho) aunque se quitasse de el medio su persona quedaban siendo de la linea de el que posseyò, las susodichas, en quien no se verificò incompatibilidad, y consiguientemente estuvo legitimamente en possession de los bienes hasta su muerte, y no debiò el Mayorazgo hazer transito, y regresso à linea distinta sin evacuarse esta.

69. Lo qual se prueba de el lugar, y decision de la Real Chancilleria de Granada, que cita *Rovas de Incompatib. 4.par.cap.1.ex num.*89. La especie es: Vn Mayorazgo, que fundò la Marquesa de Villanueva de el Fresno, y Valcarrota, en que puso estas clausulas: *Y quiero, y es mi voluntad, que primero suceda* en el dicho Mayorazgo el dicho Don Alfonso Portocarrero mi hijo, *&c. Item, quiero, y es mi voluntad, que si el dicho D. Alfonso Portocarrero mi hijo, ó alguno de sus descendientes, que huvieren sucedido en este dicho mi Mayorazgo, y lo tuviere, y posseyere, viniere à suceder en la Casa, y Estado de el Marquesado de Villanueva, que no pueda tener, ni tenga, ni possea este dicho mi Mayorazgo, si no que luego suceda en el el siguiente en grado, como si el susodicho fuera muerto.* Sucediò Don Alfonso Portocarrero, que muriò dexando dos hijos, Don Alfonso Primogenito, y Don Juan segundo, y este dexô vna hija llamada Doña Francisca Portocarrero. Y D. Alfonso nieto de la Fundadora muriò, dexando por su hijo vnico à D. Francisco Portocarrero, que sucediò en dicho Mayorazgo, y en èl recayò la Casa, y Estado de Uillanueva à tiempo que tenia dos hijos, que litigaron el Mayorazgo de la dicha Marquesa, y tambien la dicha Doña Francisca su Tia viznieta de la Fundadora, entre quienes se litigò, y decidiò el pleyto à favor de el Primogenito de D. Francisco; porque era de la linea, y descendencia de los dos D. Alfonsos su Abuelo, y Visabuelo quienes fueron legitimos

pos-

posseedores de dicho Mayorazgo, y como tales consti tuyeron linea à todos sus descendientes; por no averse en ellos verificado la incompatibilidad.

70. Roxas *dict. num.* 89. ibi: *Vndè etiam adverto, quod si gravatus, sive primogenitus possessor non habuerit fratres, neque nepotes descendentes ex fratre, atamen solùm habeat filios, & aliquem patruelem, vel alium ex alia linea transversali, & contentio fuerit inter primogenitum, & secundogenitum, patre eorum vivente, & ipsius gravati fratrem patruelem, tùnc non patruelis, nequè alius ex alia linea transversali, neque secundogenitus; sed primogenitus succedere debet.* Y el caso de el pleyto es otro; porque en la linea de D. Joseph Vicente, por quien D. Joseph Leon su Padre tratò de tomar la possession, y la de D. Manuel Francisco, que aora questiona la suya à D. Pedro Gregorio, de que fue principio, y cabeza dicho D. Joseph Leon, no se radicò la sucession sin embargo de aver posseìdo por algun tiempo los bienes de dicho Mayorazgo, por lo fundado en diferentes numeros de el punto primero. Y assi aunque en la especie propuesta por el señor Castillo fuesse excluìda la Tia Doña Cathalina de Sotomayor, no debe suceder lo mismo en el caso presente; pues en aquel se radicò legitimamente la sucession en la linea, que no sucede en este, y se debe considerar à D. Pedro Gregorio immediato à D. Francisco Chrysostomo, como sino huviera avido la persona de D. Joseph Leon.

71. El segundo medio, por donde se prueba, no ser de el intento el lugar de el señor Castillo, es por las palabras, en que consiste la incompatibilidad de los Mayorazgos de D. Rodrigo de Roxas, y Doña Cathalina de Sotomayor. En el primero; ibi: *Quiero, que passe esta mi herencia en el siguiente en grado, con que á falta de otro hijo lo pueda aver el que sucediere en el dicho Mayorazgo.* De que se infiere vna incompatibilidad respecto solamente de el hijo de el posseedor en quien se verificò; pues no aviendolo, permitiò el Fundador, pudiesse sin embargo de ella quedarse con dicho Mayorazgo, y el principal de su Abuelo. Y esta palabra: *con que*, en el caso de aplicarse à tiempo futuro, induce condicion en la disposicion, *leg. Qui promissit, ff. de* con-

condict. indeb.leg.Huiusmodi stipulatio, ff. de verb.oblig. Aug. Barbos. de diction. vsufi eq.dict.75.num.3. & 4. Y assi siendo esta incompatibilidad solo respecto de los hijos, no pudo por ella pretender derecho à los Mayorazgos Doña Catalina de Sotomayor, y esta es la legitima, y verdadera incompatibilidad personal segun el lugar del señor Larrea, y decision de la Real Chancilleria de Granada citadas *num.*49.y 50.ibi:*Vel aliquam rationem exprimere, quæ solum excludat personam.* Y en la especie de el señor Castillo ay razon clara, por donde solo quiso el Fundador excluir la persona: *con que à falta de otro hijo.*

72. Y en el de Doña Cathalina de Sotomayor sucede lo mismo; ibi: *Y suceda en tal caso el llamado tràs èl en este mi Mayorazgo*; que aunque en la palabra:*tràs èl* pudiera aver alguna mas duda en si claramente explica incompatibilidad personal, la quita *D.Castill.dict.cap.num.*42.ibi:*Tràs èl de sui natura referuntur præcisè ad personas*, y otro fundamento, que se ha tocado en este informe, y es, que en dicha fundacion de Doña Cathalina està puesta la incompatibilidad à la persona, que esso explica dicha palabra; y constituye vna legitima incompatibilidad personal, y no à la cosa, como en el de D. Francisco Rodriguez de Alfaro; ibi: *Y con expressa declaracion, que ambos los dichos Vinculos no puedan concurrir en vn mismo sujeto.* Cuya clausula queda explicada *num.*36. y 37. *D.Castill. dict.cap.*15. *n.*20. *versic.Deveniendo*;ibi:*Postea autem quando excluditur is, qui in dicto Maioratu principali succeserit, exclusio personalis sit eius dumtaxat, quem sic contingat succedere; cæterùm filij, & descendentes ipsius, quia anteà in dispositione principali tam expresse, atque specialitèr fuerunt vocati post patrem suum, nequaquàm propter hunc casum excluduntur à Fundatoribus, sed personalis dumtaxàt fit (vt dixi) non verò realis, aut linealis exclusio, vt ex verbis dictarum clausularum manifestè colligitur.* Claramente explica el señor Castillo las palabras de las Fundaciones, y que de ellas se deduce incompatibilidad personal; por ser puestas *dumtaxàt* à la persona, y no à la cosa, y la linea, como en la de Don Francisco Rodriguez de Alfaro.

73. Aun ay otra razon, que constituye diferencia entre

dos

las dos especies, y es, que Doña Cathalina de Sotomayor, que litigaba, tratando de excluyr à sus sobrinos hijos de D. Alfonso Davalos, no tenia llamamiento expresso en la fundacion. *D.Castill.dict.cap.num.*25. ibi: *Catharina autem nunquam vocata est expressim, vel specialiter, sed dumtaxàt comprehensa est sub vocationibus generalibus, vt constat ex vtriusque Maioratus verbis,&c.* Y este es caso claro, que no admite interpretacion, *vt cum leg. Ille, aut ille, §. Cùm in verbis, ff. de legat.*3. lo prueba el señ. Castillo *dict. cap. ex n.*21. y como tal resuelve la questiõ à favor de las hijas de D. Alfonso contra dicha su Tia; por no aver entrado nunca el Mayorazgo en la linea, en que està inclusa la dicha Doña Cathalina, ser la incompatibilidad claramente personal, y no tener la susodicha llamamiento expresso; y en el presente litigio es la incompatibilidad real, y lineal, y tiene llamamiento claro expresso, y literal D. Pedro Gregorio de Alfaro, que no tiene D. Manuel Francisco su Sobrino, sino general comprehendido en la descendencia de D. Joseph Leon su Padre, que aunque posseyò los bienes de el Mayorazgo, se considera como si tal no huviesse sucedido, y assi haze à favor de dicho Don Pedro la opinion de el *señor Castillo dict. cap.* 15. ò al menos no es adaptable al caso de el pleyto; por ser en distintos terminos la especie propuesta; que lo prueba mas resolver lo contrario en el lugar siguiente.

74. Resta finalmente otro lugar de dicho Author *lib.*5. 2.*par. cap.*178. que los mas, que tratan la materia lo citan à favor de que siempre se presume la incompatibilidad real, y con razon; pues à el *num.*7. *dize assi*: *Succedit ergo secunda, & verissima sententia, scilicèt in terminis legis* 7. *tit.*7.*lib.*5.*Recop. Filium secundum, sivè secundogenitum, aut filiam ad successionem Maioratus, quem non elegerit filius maior præcise admittendum, & filijs, & descentibus filijs maioris præferendum.* Y en los siguientes prosigue respondiendo con gravissimos fundamentos à aquellos, en que se puede fundar la opinion contraria; *idest* la con que ha litigado, y pretendido excluir à su Tio D. Manuel Francisco de Alfaro. Y siendo este lugar claramente à favor de D. Pedro Gregorio, como de èl consta, se debiò aver in-

incluido entre los demàs citados n.38. y no ſe hizo; porque deſpues de aver ſentado por cierta eſta opinion, y fundandola al num. 18. que es el final de el capitulo, bolviò à dudar de ella, y concluye en el *verſic. E contrario*;ibi: *Quamvis fortius adſtringere videatur ad eorundem excluſionem filij ſecundi, quàm ſequentis in gradu vocatio: idcircó res hæc matura conſideratione, & diligenti clauſarum inquiſitione integra lectura præhabita definienda, terminandaquè erit. Sanè voluntas Inſtitutoris ſemper ſervanda, nec ſubtili interpretatione circumvenienda erit, & magis inhæreddum verbis certis, quàm menti imaginariæ.* Y ſi de la diligente inquiſicion, y lectura de las clauſulas ſe ha de determinar, y definir la queſtion; por las de el Mayorazgo de D. Franciſco Rodriguez de Alfaro conſta fue lineal, y real la incompatibilidad por las razones dichas, y como tal ſe debe determinar.

75. Eſto lo confirma la ſentencia, que ſe refiere Bobadilla *lib.2. cap.6. num.19. gloſſ. lit. E.* ibi: *Integrum eſt judicium, quód plurimorum ſententijs confirmatur cap. Prudentiam in fin. de Offic. delegat.* ibi: *Et vbi maior numerus eſt ibi melior zelus præſumitur. cap. Eccleſia de elect.* ibi: *Salus autem vbi multa conſilia*, que es tambien de los Proverbios *cap.11. leg.12. tit.4. lib.5. Recop.* ibi: *Executeſe lo que mandare, y determinare la mayor parte:* Con que teniendo à ſu favor D. Pedro de Alfaro Canonigo de la Santa Igleſia los mas de los Authores claſicos de la materia de incompatibilidad, y los que le ſiguen ſegun ſus opiniones, y clauſulas de la fundacion, con grande fundamento eſpera la confirmacion de el Auto de el Theniente de 22. de Diziembre de el año proximo paſſado. Y quedan evacuados los tres puntos de eſte informe, y por ellos fundada la juſtificacion de dicho Auto, por el qual ſe manutuvo en ſu poſſeſſion à dicho D. Pedro.

76. Quien para intentar el pleyto, y no cauſar coſtas injuſtas à D. Joſeph Leon ſu hermano, que trataba de defenderlo por D. Joſeph Vicente ſu hijo, conſultò dos de los Abogados de primer credito de eſta Ciudad, como lo ſon D. Luis Fernandez de Valençuela, y D. Alonſo Begines de los Rios, y le dieron ſu parecer con fecha de 19. y

21. de

21. de Octubre de el año de 702. que original pàra en poder de D. Pedro, despues de aver premeditado, y estudiado la question, afirmando ser la incompatibilidad de el dicho Mayorazgo lineal, y real, y que se le avia transferido la possession civil, y natural de sus bienes por muerte de D. Francisco Chrysostomo, y eleccion de D. Joseph Leon. Y aun no aquietandose con estos dictamenes recurriò por otros fuera de esta Ciudad, que convinieron en lo mismo con expression de algunos de los fundamentos de este informe succintamente tocados, que de el mismo modo retiene con fecha de 3. de Noviembre de dicho año, que le asegurò para la prosequucion de el pleyto, y tiene estas mas opiniones à favor de su justicia, que siendo de Letrados tan ajustados, y de conocida literatura, no se propassarian à firmarlos sin assistirles grandes fundamentos. Por todo lo qual espera D. Pedro Gregorio la dicha confirmacion S. T. S. D. C. Sevilla, y Abril 17. de 1715.

Lic. Don Diego Joseph Monge.